Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum

Schlesische

Festgabe

für

Felix Dahn

zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum

gewidmet von

gegenwärtigen und früheren Angehörigen
der Breslauer juristischen Fakultät

I. Teil

Deutsche Rechtsgeschichte

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1905

Germany

Festgabe

für

Felix Dahn

zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum

gewidmet von

gegenwärtigen und früheren Angehörigen
der Breslauer juristischen Fakultät

I. Teil

Deutsche Rechtsgeschichte

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1905

ForTy
F

Inhalt

Gerüfte und Marktkauf

in Beziehung zur Fahrnisverfolgung

von

Alfred Schultze

I.

Für die tiefere Ergründung des deutschen Fahrnisrechtes bedeutet die Publizitätstheorie, die Eugen Huber[1]) entwickelt, Otto Gierke[2]) aufgenommen und Herbert Meyer[3]) in verschiedenen Richtungen näher ausgeführt und belegt hat, einen grossen Fortschritt. Danach ist Publizitätsform die Gewere, und zwar hier in Gestalt der im Haben, in der Innehabung sich äussernden Herrschaft. Sie bringt das dingliche Recht an der Fahrnissache zum sinnlichen Ausdruck, macht es allgemein erkennbar, kundbar, offenkundig und muss erfüllt sein, damit das Recht seine volle Geltung und Wirksamkeit bewähren kann[4]). Der Verlust der Gewere hat deshalb für den Berechtigten eine Beschränkung der Wirksamkeit seines dinglichen Rechtes zur Folge. Daraus erklärt sich der Satz: Wer die Sache aus seiner Gewere gibt, ohne doch sein Recht daran ganz aufzugeben, also unter Rückfallsgeding, der nimmt seinem Recht die Publizitätsform und damit die Verfolgbarkeit gegen Dritte; nur sein Vertragsgegner, der durch das Rückfallsgeding sich dem dinglichen Recht unterworfen hat, — der Vertrauensmann — ebenso der Erbe desselben und bei Erbenlosigkeit der Richter,

---

[1]) Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht (1894).

[2]) Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht (1897) S. 2 ff., 11 f. und in der Holtzendorff-Kohlerschen Encyklopädie (1904) I S. 481 ff., 520.

[3]) Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht (1902) und Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen (1903).

[4]) Vgl. auch v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht (Vortrag 1898) S. 6 ff., besonders S. 8 f., 11 f.; Stutz in Zeitschr. der Sav.-Stift. 20, Germ. Abt. S. 329; meine Schriften über die Langobardische Treuhand (Gierke, Unters. Heft 49) S. 93 ff. und Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht (auch Iherings Jahrb. 43) S. 16 f.

ferner der Richter, der unter dem Vertrauensmann konfisziert hat, und nach manchen Rechten der Gläubiger, der gegen ihn gepfändet hat[5]), muss dieses Geding und das Recht, dem es dient, gegen sich wirken lassen; alle anderen (alle Dritten) werden davon, weil es nunmehr der Publizität, der allgemeinen Erkennbarkeit ermangelt, nicht erreicht (Hand wahre Hand). Die Folgerungen dieses Satzes sind:

1. Wird dem Vertrauensmann die Sache entwendet, so hat nur dieser, nicht aber, wer ihm die Gewere anvertraute, die Entwendungsklage auf Rückgabe und Diebstahlsbusse. Dies wird schon in den älteren Volksrechten bestimmt (leges Eurici fr. 280, lex Visigoth. V 5, 3, lex Baiuw. XV 4, vor allem Liutpr. 131) und während des ganzen Mittelalters festgehalten[6]).

2. Veräussert oder verpfändet der Vertrauensmann unbefugt die Sache, so kann sie dem Erwerber oder Pfandnehmer oder späteren Nachmännern nicht abgefordert werden; derjenige, welcher früher die Gewere dem Vertrauensmann gab, kann sich vielmehr in solchem Falle nur an diesem letzteren erholen.

[5]) Vgl. Sachsensp. II 60 § 2 und II 31 § 3; dazu Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 85—89 und Gierke, Encyklopädie S. 520.

[6]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. II S. 509; Schröder, Deutsche Rechtsgesch. (4. Aufl.) § 37 [100] u. § 61 [a]; H. Meyer, Entwerung S. 30 f., 52 ff. Die scheinbar abweichende l. Alamann. V liegt in anderem Bereich: Asylrecht für „infra ianuas ecclesiae" aufbewahrte Sachen (vgl. l. IV). Die in sich unklare Stelle der Goslarer Statuten bei Göschen S. 88 Z. 22 und S. 99 Z. 5 zwingt keinesfalls zu der von Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 84 und Heusler, Institut. II S. 214 gegebenen Auslegung, dass der Deponent zur Einklagung der dem Depositar entwendeten Sache berufen sei, sondern lässt die ihr im Jahrhundert ihrer Abfassung durch das Rechtsbuch nach Distinktionen IV 42 d. 6 ausdrücklich beigefügte Interpretation, die mit dem oben im Text formulierten Satze im Einklang steht, auch heute noch zu (vgl. H. Meyer S. 53). Auch Schwabenspiegel Lassb. 230 beharrt in erster Linie noch bei diesem Satz, bewilligt aber bereits subsidiär, nämlich für den Fall des Todes des Vertrauensmannes (und nach einer Handschriften-Variante auch, wenn er „von der Klage entweicht"), dem Eigentümer die Klage — ein erster Ansatz eines Abschwenkens (vgl. darüber v. Meibom, Pfandrecht S. 67 ff.). Ein grundsätzliches Verlassen der alten Regel sehe ich im Gegensatz zu H. Meyer S. 52 in dem Ostfriesischen Landrecht (um 1515) I c. 101, 3 (Ausg. v. Wicht S. 212); aber hier ist römischer Einfluss wenigstens nicht ausgeschlossen, da dieses Landrecht römisches Recht mit dem heimischen verbinden will (Stobbe, Deutsche Rechtsquellen II S. 346).

Dies ist freilich noch nicht in den Volksrechten ausdrücklich ausgesprochen. Es ergibt sich aber für diese mittelbar daraus, dass sie bei Unterschlagung geliehener und anvertrauter Sachen dem Beschädigten nicht die Anefangsklage eröffnen[7]).

Auch das westgotische Recht dürfte kaum die ihm von Brunner[8]) zugesprochene Sonderstellung in dieser Frage — Klage des Eigentümers gegen jeden Besitzer der durch inlicita venditio seitens des Vertrauensmannes in dritte Hand gebrachten Sache — eingenommen haben. Denn die hierfür angezogene „de his, qui aliena vendere vel donare presumserint" überschriebene Stelle, lex Visigoth. V 4, 8, trägt, wie Dahn[9]) richtig erkannt hat, das Gepräge des Liegenschaftsrechtes. In ihrer ursprünglichen Fassung, wie sie in leges Eurici fr. 289 und in der hieraus fast wörtlich entlehnten lex Baiuw. XVI 4 vorliegt, also ohne den letzten, erst der Reccesvindiana angehörenden Satz, bezog sie sich überhaupt nur auf Liegenschaften[10]). Jener spätere Zusatz aber: „Similis scilicet et

---

[7]) So Brunner a. a. O. S. 510. [8]) a. a. O.

[9]) Westgotische Studien S. 103[5].

[10]) Dies ergibt sich aus der Bestimmung, dass der Verkäufer dem Käufer der evinzierten Sache auch das, was er zu deren Nutzen „adiecerit", was er „laborasse cognoscitur", nach der Schätzung der „locorum iudices" ersetzen müsse, was auch mit der nur von Liegenschaften handelnden lex 116 Liutpr. („damnum ei restituat, quantum adpretiatus fuerit, quod ibidem postea laboravit vel edificavit") und mit den Gewährschaftsklauseln der Grundstückstraditionsurkunden der fränkischen Zeit übereinstimmt (vgl. z. B. Marculfi formul. II Nr. 19 ed. Zeumer p. 89: „. . si . . aut me male vindedisse convincerit, et a me . . . defensatum non fuerit, tunc inferamus vobis . . . dupla pecuniam, quantum a vobis accipi, et ipsa villa meliorata valuerit", und Marini, papiri diplomatici Nr. 114: „et rei quoque meliorate instructe aedificateque taxatione habeta", auch Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I S. 148 f., 293). Ferner ist die Stelle so von den späteren Redaktoren verstanden worden, vgl. den oben zitierten Zusatz der Reccesvindiana und die Hinzufügung der Ervigiana zum ersten Satz: „et penam, quam scriptura continet impleturus". (Strafklauseln der Traditionsurkunden!) Dass der Ausdruck „res" sehr häufig auch in Beschränkung auf Liegenschaften vorkommt, ist bekannt (Schröder, Dtsch. RG.[4] § 35[22]). Die interessante Narbonneuser Gerichtsurkunde von 862 (Devic et Vaissette, Histoire de Languedoc, Nouv. édition II col. 331 nr. 161, Lörsch-Schröder, Urk.[2] nr. 64, dazu Heusler, Gewere S. 35) über einen Prozess wegen Liegenschaftsentwerung, in dem der Beklagte Bruch an seinem Gewähren

de mancipiis vel omnibus rebus adque brutis animalibus ordo servetur" lässt in seiner Unbestimmtheit die Möglichkeit offen, dass seine Verfasser lediglich, was nach der Überschrift im Vordergrund stand, die Verpflichtungen des unlauteren Verkäufers, nämlich zum Doppelersatz an den Eigentümer und zur Erhaltung der wirtschaftlichen Unversehrtheit des Käufers [11]), nicht aber auch die ja nur implicite geregelte Herausgabepflicht des Käufers gegen den Eigentümer, auf Sklaven und fahrende Habe in Anwendung bringen wollten [12]). Mag dem sein, wie ihm wolle: jedenfalls darf man danach nicht auf eine abweichende fahrnisrechtliche Grundanschauung des westgotischen Rechtes im Verhältnis zum obigen Satz 2 schliessen, um so weniger, als der Satz 1 daselbst bezeugt ist.

Zweifelhafter erscheint das Verhältnis der viel behandelten [13]) bayerischen firmatio zu unserem Satz (oben 2) in Gemässheit der lex Baiuwariorum XVI 11 ff. Denn es ist dort in c. 12 unterstellt, dass der beklagte Käufer, wenn ihm Bruch an dem Gewähren wird, die Sache dem Evinzenten herausgeben muss, und vorgeschrieben, dass ihm dafür der sein Firmationsversprechen brechende Gewähre den Kaufpreis zurückgeben und ausserdem noch — zur Strafe — eine der Kaufsache gleichwertige Sache

---

erleidet und deshalb unterliegt und das gegen ihn auf „revestire" gerichtete Urteil ausdrücklich durch die ihrem vollen Wortlaut nach bis auf den Zusatz „Similis scilicet . . ." eingerückte l. Visig. V 4, 8 gestützt wird, belegt, dass man auch damals noch in den Gerichten diesen, aus den leges Eurici stammenden, Teil der Gesetzesstelle auf Liegenschaften anwandte.

[11]) Die Wandlung des „nullum domino praeiudicium" der leges Eurici in das nullum emtori preiudicium" der Reccesvindiana könnte vielleicht sogar auf die Absicht einer Anpassung an den fahrnisrechtlichen Hand-wahre-Hand-Gedanken gedeutet werden.

[12]) An eine Beschränkung auf gestohlene Sachen, die H. Meyer S. 36 ff. gegen Brunner — gleichfalls unter Verkennung der liegenschaftlichen Herkunft der Stelle — verficht, werden sie dabei wohl kaum gedacht haben, andererseits wohl auch nicht an eine Beschränkung auf nicht gestohlene Sachen, wie Brunner will. Der oben in Anm. 10 erwähnte Liegenschaftsprozess betrifft gerade einen Fall der Entwerung des Eigentümers.

[13]) Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens I S. 259 ff.; Merkel, Zeitschr. f. RG. 2 S. 109 ff.; R. Löning, Vertragsbruch I S. 109 ff.; London, Anefangsklage S. 416 ff.; Brunner a. a. O. S. 510 f.; Hübner, Immobiliarprozess der fränk. Zeit S. 115 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 39 ff.

leisten soll. Zwar ist auch hier die Vorschrift keine lediglich fahrnisrechtliche, sondern sie gilt gleichmässig für Liegenschaften und Fahrnis („talem terram aut speciem, qualem se firmare pollicebat, restituat sine mora")[14]). Aber sie ist doch, wie der enge Anschluss an das die mancipia und ornamenta behandelnde cap. 11 beweist, auch auf Fahrnis ausdrücklich zugeschnitten. Dagegen möchte ich mit anderen[15]) gegen Brunner[16]) annehmen, dass sie, soweit sie Fahrnis betrifft, in den Bereich der Klage aus dieblichem Verlust gehört. Dafür spricht einmal der uns auch hier, wie beim Anefang der anderen Volksrechte, entgegentretende Gewährenzug; es liegt wirklich ein solcher vor, denn der Gewähre (der venditor) muss den Prozess mit dem Evinzenten weiterführen (c. 11 i. f. und App. IV), und der Schub geht, was Merkel[17]) und Löning[18]) mit Recht aus der in c. 11 bzw. 14 für den Gewähren allein zugelassenen Art der Verteidigung (Berufung auf originären oder erbschaftlichen Erwerb) folgern, die Reihe durch von einem Gewähren zum anderen. Zweitens würde es sonst in der lex Baiuwariorum ganz an einer den Gewährenzug beim Diebstahl regelnden Stelle fehlen[19]). Endlich dürfte bei Sklaven, die in c. 11 und 14 ein

[14]) Die das Firmationsverfahren schildernde Stelle, lex Baiuw. App. IV, hat in erster Linie Liegenschaften im Auge.

[15]) London, namentlich H. Meyer, wohl auch Merkel S. 116f.

[16]) S. 510f., besonders N. 101. Das hier aus der Begründung in c. 12: „eo quod valde reprehensibilis est res alterius dare etc." entnommene Argument, (so könne man von dem Verkäufer, der selbst gestohlen hat, doch nicht sprechen!) erscheint mir an sich nicht recht beweiskräftig, wird aber weiter dadurch abgeschwächt, dass diese Begründung ja nicht bloss für Fahrnis, sondern auch für Liegenschaften gilt, und zwar sicher auch für den Fall der Liegenschaftsentwerung (vgl. Meichelbeck, Hist. Frising. I nr. 530 und dazu Löning S. 113f., Brunner S. 517[26], auch oben Anm. 10).

[17]) S. 116f.

[18]) S. 111f.

[19]) Auch Decreta Tassilonis Niuh. c. 13 (M. G. Leges III p. 467) spricht nur vom Widerstand des Diebes gegen die manus immissio, hantalôd (Brunner a. a. O. S. 498[24]). Ich nehme daher auch nicht mit H. Meyer (S. 41f.) ein Nebeneinander der Klage mit hantalôd und der in c. 11, 12 cit. geregelten Klage an. Brunner selbst stellt an anderer Stelle (S. 516) wo er dasselbe, hier in Frage stehende bayerische Firmationsverfahren in Anwendung auf Liegenschaften behandelt, dieses Verfahren in Parallele zum Anefangsverfahren bei Mobilien.

Hauptbeispiel bilden, kaum an einen anderen Fall, als den des aus eigenem Antrieb flüchtigen oder des auf Anraten flüchtigen, d. h. gestohlenen (l. Baiu. I 4, XIII 9, vgl. l. Visig. VII 3, 1) Sklaven, also an den Fall der Entwerung, zu denken sein; Verleihen oder Anvertrauen eines Sklaven wird kaum vorgekommen sein, wird auch in dem Titel „de commendatis et commodatis" (l. Baiu. XV, vgl. l. Visig. V 5) nicht erwähnt. Folgt man dieser Ansicht, so kann man auch in der fraglichen Stelle des bayerischen Rechtes keine Ausschliessung des Hand-wahre-Hand-Gedankens in seiner Richtung auf unbefugte Veräusserungen des Vertrauensmannes erblicken. Überdies ist unter allen Umständen zu bedenken, dass derselbe Gedanke in seiner anderen Richtung (Diebstahl beim Vertrauensmann) ja gerade durch die lex Baiuw. (vgl. oben Ziffer 1) mit voller Klarheit belegt ist und dass auch unser c. 12 wieder ausdrücklich und in erster Linie nur die Gewährschaftspflicht des Verkäufers, also sein Verhältnis zum Käufer, nicht aber die Beziehung des letzteren zum Eigentümer regeln will.

Man kann daher mindestens sagen: In den Volksrechten liegt kein sicheres Zeugnis gegen unseren Satz 2 vor. Wenn ihn dann nun die Folgezeit, die eher auf eine Ausdehnung der Fahrnisklage[20]) bedacht ist, allenthalben aufs deutlichste zum Vorschein bringt, z. B. im alten Recht von Wales (10. Jahrh.)[21]), wie im Stadtrecht von Freiburg i. Br. aus dem 12. Jahrhundert[22]) und in den ihm verwandten Stadtrechten[23]), in der bekannten

[20]) Vgl. unten II am Anf.

[21]) Vgl. hierzu H. Meyer, Entwerung S. 31 ff. und namentlich die Begründung der betreffenden Stelle nach der englischen Übersetzung Owen's (Ancient laws and institutes of Wales 1841 S. 121): es könne der Eigentümer in den Fällen von „theft, loss by negligence, surreption" im Gegensatz zu den Fällen von „deposit and loan, hire, favour" seine Sachen allen Ortes vindizieren, „because they were not received by another hand from his hand".

[22]) c. 29 (Keutgen, Urkunden zur Geschichte der Stadtverfassung S. 121): „Nemo rem sibi quoquo modo sublatam vendicare potest nisi iuramento probaverit sibi furto vel preda ablatam", noch schärfer c. 58 des Stadtrodels aus der Mitte des 13. Jahrh (Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters II S. 36): „repetere vel sibi vendicare audeat").

[23]) Insbesondere in dem von Burgdorf in der Schweiz art. 186 (Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters II S. 140 f.).

Stelle des Sachsenspiegels (II 60) und den von ihm abhängigen Rechten[24]), wie im Schwabenspiegel (Lassb. c. 222)[25]) und im Münchener Stadtrecht von 1347[26]), wie im französischen coutumiären Recht des 13. Jahrhunderts[27]) und im altnorwegischen Recht[28]), so kann an seinem ursprünglichen und gemeingermanischen Charakter, wie dies auch die fast allgemeine Ansicht ist, kein Zweifel sein[29]).

Seine besondere Stärke und namentlich auch seine Abstammung vom Publizitätsgedanken beweist der Satz aber durch die eigentümliche Behandlung der neueren Satzung an Fahrnis im späteren Mittelalter, worüber uns neuestens H. Meyer[30]) höchst verdienstliche Aufschlüsse gegeben hat. Die von ihm gefundenen Belege haben wegen ihrer Zahl und wegen der weiten Abstände ihrer Herkunftsorte (isländisches und norwegisches Recht, lübisches Recht, Frankfurt, Schweiz) eine grosse Beweiskraft. Danach kann ein Pfandrecht an einer Fahrnissache auch ohne

---

[24]) Vgl. z. B. die Zitate bei Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 120[8].

[25]) mit besonders scharfer Prägung vom Standpunkt des Dritterwerbers. Vgl. Meibom, Pfandrecht S. 65 f.

[26]) cap. 177, Ausg. Auer S. 69.

[27]) in voller Schärfe ausgesprochen in der von Sohm, Prozess der lex Salica S. 60, angezogenen Stelle aus dem Conseil des Pierre de Fontaines XII 3 (éd. Marnier p. 68). Vgl. auch Jobbé-Duval in Nouv. Rev. hist. 4 S. 564 f.

[28]) nach dem Zeugnis v. Amira's im Grundriss [2] S. 126[2].

[29]) Nur sehr vereinzelt lassen sich Abweichungen für die spätere Zeit feststellen. Hierher gehört die oben Anm. 6 bereits angezogene Stelle aus den Goslarer Statuten, die in bezug auf den Fall der Veruntreuung des Verwahrers kaum anders als im Sinne eines Klagerechtes des Hinterlegers gegen den Dritterwerber verstanden werden kann. Damit im Einklang ist der Goslarer Schöffenspruch aus dem 15. Jahrh. bei Lörsch-Schröder, Urk. [2] nr. 321 (Klage des Generalpfandgläubigers gegen Dritte, die später vom Schuldner gekauft haben), wie Gothaisches Stadtrecht 42 bei Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen II S. 325 (Klagerecht des ersten Pfandgläubigers, der die Sache in der Gewere des Schuldners belassen hat, gegen den zweiten Pfandgläubiger, der die Gewere erhalten hat). Dazu Meyer, Entwerung S. 53 und Neuere Satzung von Fahrnis S. 18 und 107. Ebenso kann nach der Nordhäuser Oberhofsentscheidung bei Lörsch-Schröder, Urk. [2] nr. 251 bei Leihe aus Freundschaft der Verleiher gegen den Gläubiger des Entleihers, der später die Sache zum Pfande bekommen hat, vorgehen (Meyer, Entwerung S. 54).

[30]) Neuere Satzung von Fahrnis.

Übertragung der Gewere bestellt werden. Damit aber dieses Pfandrecht gegen Dritte wirke, muss die dem Pfandgläubiger mangelnde Gewere durch etwas anderes ersetzt werden. Dieses andere ist ein formales Element, das seiner Beschaffenheit nach deutlich auf Publizität, allgemeine Erkennbarkeit des Pfandrechtes gerichtet ist, eine Publizitätsform, nämlich: Vornahme des Aktes vor Zeugen oder vor dem Stadtrat oder vor dem Gericht oder Eintragung in ein öffentliches Buch (Stadtbuch) — also eine Form von der Art derjenigen, die allmählich im Liegenschaftsrecht die reale Gewere als Publizitätsform abgelöst hatten. Aber das Mass der Wirksamkeit ist nicht überall das gleiche, zuweilen ein Vollmass, so dass vor dem Pfandrecht spätere Veräusserungen oder Verpfändungen des Schuldners nicht zu Recht bestehen können, meist ein beschränktes, dies besonders im lübischen Recht, das Meyer am eingehendsten behandelt[31]. Gerade diese beschränkte Wirksamkeit und ihr Inhalt ist für uns bezeichnend. Getroffen werden nämlich spätere Pfandbestellungen, welche die Sache an dem bisherigen, bei der Bestellung kundbar gemachten Aufbewahrungsorte beim Schuldner belassen; Ansprüche daraus können vom erstberechtigten Pfandgläubiger kraft der Publizität seines Rechtes zurückgewiesen werden. Dagegen ist sein Recht gegenüber Verpfändungen oder Veräusserungen des Schuldners machtlos, welche die Sache in die Hand des daraus berechtigten Pfandnehmers oder Erwerbers bringen; einem solchen kann er sie nicht mehr abgewinnen. Hier siegt die aus der Publizitätsnatur der Gewere abgeleitete Regel „Hand muss Hand wahren" — für den Schuldner ist die ihm vom Pfandgläubiger belassene Pfandsache eine „anvertraute" Sache — über jenes Publizitätssurrogat. Nichts vermag besser die Kraft jener Regel und die Publizitätsfunktion der Fahrnisgewere darzutun[32].

Einen Angriff hat die Publizitätstheorie jüngst von seiten Adolf Zycha's erfahren in einer aus Anlass einer Kritik des Schweizerischen Zivilgesetz-Entwurfs gegebenen historischen Skizze[33], deren nähere Ausführung und Begründung er für

[31]) Neuere Satzung S. 29 ff., 76 ff.

[32]) H. Meyer S. 134.

[33]) Zeitschrift für Schweizerisches Recht 44 S. 74 ff. (1903).

eine künftige selbständige Schrift in Aussicht stellt [34]). Er sieht das für die deutschrechtliche Beschränkung der Fahrnisverfolgung von Anfang an grundlegende Element in der Wirkung des redlichen Erwerbs. Das bisherige Eigentum gehe unter, wenn ein anderer die Sache redlich erwerbe, und infolge dieses Erwerbes des anderen. Während dies bei gestohlenen Sachen durch ein anderes, gegenwirkendes Element (darüber unten III) eine frühe Trübung erlitten habe, sei es gerade bei anvertrauten Sachen, wo eine solche Gegenwirkung gefehlt habe, andauernd festgehalten worden. Deshalb sei hier der bisherige Eigentümer gegenüber redlichem Dritterwerb machtlos gewesen. Dagegen habe er, jenem Grundgedanken gemäss, „den vom Vertrauensmann erwerbenden fraudis conscius, den mit der treulosen Hand Einverstandenen", also den unredlichen Erwerber der anvertrauten Sache auf Herausgabe beklagen können; „die Meinung, dass ein solcher unverfolgbar gewesen sei, sei nicht erweislich" [35]). Für seine eigene, früher schon von Goldschmidt [36]) vertretene und von

[34]) S. 105.

[35]) S. 113 [79], 114 [82].

[36]) Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 256 ff. Goldschmidt sagt hier: Der Vindikation anvertrauten Gutes gegenüber habe der beklagte Dritterwerber sich über seinen titulierten und rechtmässigen Erwerb ausweisen müssen, „und dabei möge auch das nicht weiter unterschiedene Moment der Redlichkeit in einer nur nicht näher nachweisbaren Art in Betracht gekommen sein". Und zwar habe er, wenn der Kläger die Sache als eine gestohlene in Anspruch genommen habe, sich auf seinen Gewähren ziehen müssen, und erst dieser habe durch den Nachweis, dass er sie vom Kläger anvertraut erhalten habe, die Zurückweisung der Klage herbeiführen können. Wenn der Kläger aber „sich einfach auf sein Eigentum berufen" habe, sei es Sache des Beklagten gewesen, seinerseits Erwerb von einem anderen darzutun, an den der Kläger freiwillig die Gewere aufgegeben habe.

Was nun den ersten Fall anlangt, so sei dahingestellt, ob nicht der Beklagte schon durch den Nachweis, dass Kläger die Sache freiwillig einem anderen gegeben habe, ohne die Art seines eigenen Erwerbs klarzulegen, die Klage zurückschlagen konnte (so Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 119 f., anders Planck, Gerichtsverfahren II S. 417). Jedenfalls brauchte er, falls er den Gewährenzug wählte, nur zu sagen, „es sei ihm die Sache gegeben oder er habe sie gekauft, und seinen Gewähren zu benennen" (Ssp. II 36 § 5). Der Zusatz im Richtsteig Landrechts 13 § 2: „have gekoft rechtliken unde redeliken" bedeutet „vernünftig, ordentlich, rechtmässig" (vgl. das Glossar

diesem mit Unrecht auf die Grundsätze des deutschen Beweisrechts gestützte Meinung ist uns Zycha aber jeden Beleg schuldig geblieben. Dagegen reden die den Hand-wahre-Hand-Gedanken ausdrückenden Quellenstellen (vgl. oben Anm. 21 ff.), wenn sie gegen den Dritterwerber keine andere Klage, als die aus dieblichem Verlust, zulassen oder dem Anvertrauenden eine Klage einzig und allein gegen den Vertrauensmann einräumen, zugunsten der herrschenden Ansicht eine deutliche Sprache. Nirgends tritt, soweit ich es übersehe, in ihnen [37]) eine Unterscheidung zwischen dem „sciens“ und dem „nesciens“ hervor [38]),

Homeyers in seiner Ausgabe und Schiller u. Lübben, Mittelniederdeutsches Wörterbuch), also nicht bona fide (nicht korrekt Meyer, Entwerung S. 294), bezieht sich mithin auf die Rechtmässigkeit des Kaufgeschäfts, so wie heute nach § 932 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs die Veräusserung, ganz abgesehen von der Gutgläubigkeit des Erwerbers in der Eigentumsfrage, eine rechtmässige sein muss. Die Frage der Redlichkeit im Sinne der Unkenntnis der Unterschlagung kam nicht zur Erörterung, der Beklagte brauchte, was die Hauptsache ist, sich nicht etwa noch durch einen Eid von dem Vorwurf der Unredlichkeit, der Kenntnis zu reinigen, geschweige denn, dass er bei Nichtleistung des Eides die Sache hätte ohne weiteres an den Kläger herausgeben müssen. Trat der Gewähre, wie es im gesetzten Falle seine Pflicht war (Ssp. III 83 § 3), in den Prozess ein, so kam es überhaupt nicht zu einem Eid des Beklagten (Ssp. II 36 § 5). Vgl. auch unten III Ziff. 1.

Was den zweiten Fall anlangt, so sei dahingestellt, ob nicht der Kläger seine schlichte Klage nach Feststellung der Identität der angesprochenen Sache dem den Anspruch verneinenden Beklagten gegenüber sofort seinerseits dahin substanziieren musste, dass er die Sache dem Beklagten anvertraut habe (und dieser rückgabepflichtig sei), wobei dann der Beklagte sich einfach leugnend verhalten konnte (Ssp. I 15 § 1), ohne sich irgendwie über seinen Erwerb auslassen zu müssen (so Laband S. 133 ff., dagegen Planck II S. 418 mit I S. 378 f.). Mindestens genügte es für den Beklagten, zu behaupten, dass er die Sache aus der Hand des und des anderen erhalten habe, und dies durch Zeugeneid desselben (Ssp. I 15 § 1) oder nach manchen Stadtrechten sogar durch eigenen blossen Eineid zu beweisen (Laband S. 143 f., Planck II S. 421 f.). Von einer Erörterung seiner Kenntnis oder Unkenntnis der fraus seines Gewähren oder gar von einem Unschuldseid in dieser Richtung, von dessen Leistung die Klageabweisung abgehangen hätte, ist hier erst recht keine Rede.

[37]) auch nicht in l. Visig. V 4, 8 u. lex Baiu. XVI 12, wenn man sie im Brunner'schen Sinne auf anvertraute Sachen bezieht (oben Anm. 8 ff. und 13 ff.).

[38]) Sie gehört bei den anvertrauten Sachen erst der Zeit nach der Re-

während diese Unterscheidung bei der Regelung der Klage aus dieblichem Verlust, insbesondere in bezug auf den Kauf vom Unbekannten, schon von den Volksrechten an, eine bedeutende, die weitere Entwickelung stark beeinflussende Rolle spielt (darüber unten III). Weiter ist uns ja aber in unseren Quellen, und zwar schon in den ältesten Volksrechten, von einer Art unredlichen Erlangens einer anvertrauten Sache auf das zweifelloseste bezeugt, dass sie den Erlangenden nicht in den Klagebereich des Anvertrauenden bringt, nämlich vom Diebstahl beim Vertrauensmann. Nur dieser letztere kann die Sache gegen den Dieb verfolgen[39]) (oben Ziff. 1). Das ist ein

---

zeption an. Dabei spielen das Durchdringen des römischen Furtivitätsbegriffes in Deutschland und der Gedanke des Verkehrsschutzes ein. Vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 264 ff.; Stobbe-Lehmann 3. Aufl. II 1 § 93[2]; Huber, Schweiz. Privatrecht IV S. 746 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 281 ff., 299[18] u. [19], und jetzt die interessanten Ausführungen Wellspacher's, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus in Grünhuts Zeitschr. 31 (1904) S. 642[35], 669, 671.

[39]) Freilich will Planck, Gerichtsverf. II S. 423 f. aus der Gestaltung des sächsischen Prozesses (Sachsensp. u. Richtsteig Landrechts) folgern, dass hier gegen den Dieb selbst und seine unredlichen Nachmänner auch der Anvertrauende habe erfolgreich klagen können (im Widerspruch mit seinen früheren Ausführungen in Zeitschr. f. dtsch. Recht 10 S. 267 und auch in gewissem Widerspruch mit Gerichtsverfahren I S. 837). Denn der Dieb habe, weil er als Beklagter habe erklären müssen, wie er zum Besitz der Sache gekommen sei, kein prozessualisches Mittel in der Hand gehabt, die Herausgabe dem Kläger zu verweigern; Kläger habe sich auf Ssp. III 22 § 3 berufen können, wonach er seines verliehenen Gutes sich zu unterwinden berechtigt sei, wo immer er es sehe. Aber diese Auslegung der zitierten Stelle ist in jeder Hinsicht verfehlt. Einmal müsste sie folgerichtig zur Annahme einer Klagberechtigung auch gegen jeden redlichen Dritten führen, was natürlich mit Ssp. II 60 ganz unvereinbar wäre. Zweitens lässt sie den Nachsatz unberücksichtigt: „dat man ime mit unrechte vor unthalde over bescedene tiet", was man doch nur vom Vertrauensmann, mit dem die Rückgabezeit verabredet ist, und seinen Erben, keinesfalls aber vom Dieb sagen kann. (Die streitige Frage, ob das „underwinden svar he't süt" auf eine Klage mit oder ohne Anefang zu deuten — im ersten Sinne Homeyer, Richtsteig S. 441 f., Laband a. a. O. S. 103, Sohm, Prozess der lex Salica S. 71[15], dagegen Meyer, Entwerung S. 83 — kommt hier nicht in Betracht.) Drittens ist das prozessualische Bedenken Plancks zurückzuweisen. Selbst wenn es richtig ist, dass der vom Anvertrauenden beklagte Dieb sich nicht in dem oben Anm. 36 erörterten Sinne einfach leugnend verhalten konnte, sondern

Einwurf, den Zycha selbst als erheblich anerkennen muss. Er begegnet[40]) ihm mit dem Hinweis, dass der Vertrauensmann „als Korrelat der unbedingten Haftung"[41]) gegenüber dem Vertrauensgeber das Recht, „die Position des Eigentums gegen jeden Dritten zu verfechten", erhalten habe, eine Klage „im eigenen Interesse, aber allerdings nicht aus eigenem, sondern fremden Rechte". Eine solche Auffassung hat die regelmässige Unzulässigkeit der Prozessstellvertretung gegen sich. Ferner bekommt der Vertrauensmann auf seine Klage ja nicht bloss die Sache, die er dem Vertrauensgeber zu restituieren hat, sondern auch noch die Diebstahlsbusse, die er nicht zu restituieren hat, diese also sicher aus eigenem Rechte, für seine eigene Tasche[42]), ohne das Gegenstück einer Haftung; soll man die Klagen auf Sach- und auf Strafverfolgung in bezug auf die Begründung der Aktivlegitimation hier trennen? Zycha scheint übrigens auch selbst mit seinem Hinweis auf die unbedingte Haftung

---

sich über die Art seines Erwerbs erklären musste, so brauchte doch keinesfalls seine nun etwa richtig dahin gegebene Erklärung, er habe die Sache bei einem anderen, als dem Kläger gestohlen, den Sieg des Klägers herbeizuführen, ebensowenig wie sonst, wenn der Dieb von einem anderen, als dem Bestohlenen auf Herausgabe beklagt wurde. Die herrschende Auslegung von Ssp. III 22 § 3 — Homeyer, Richtsteig S. 442; Laband a. a. O. S. 103; H. Meyer, Entw. S. 82 ff. — ist also durch Planck nicht erschüttert.

[40]) S. 114 verb. mit S. 111 ff.

[41]) Eine Korrelation nehme ich natürlich auch an. Ich stimme Heusler, Instit. II S. 264 f., durchaus zu, wenn er sagt: das Fehlen des Klagrechts des Deponenten gegen den Dieb „werde nur erträglich durch die unbedingte Haftpflicht des Vertrauensmanns gegenüber dem Anvertrauenden". Vgl. auch Heusler, Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe, Festgabe für Homeyer S. 21 ff. und Gewere S. 494 f. Nur kann ich Zycha darin nicht folgen, dass die unbedingte Haftung der historische Grund für die Ausschliessung der sonst nach dem Zycha'schen Grundprinzip dem Eigentümer gegen den unredlichen Dritten gegebenen Klage hätte sein können; denn unbedingte, d. h. nicht durch Schuld bedingte, Haftung des Vertrauensmanns für den Diebstahlsschaden und Klagerecht des Eigentümers gegen den Dieb auf Sachherausgabe und Diebstahlsbusse, diese beiden hätten sich wohl miteinander vertragen. Könnte z. B. die in l. Vis. V 5, 3 u. l. Baiu. XV 5 bestimmte Haftung nicht ebenso gelten, wenn auch dem Eigentümer die Anefangsklage zugestanden wäre?

[42]) lex Baiu. XV 4: „commendatori res proprias tantummodo reformare praecuret; conpositio vero furti ad eum qui habuit commendata, pertineat".

das Bedenken nicht als völlig abgetan zu betrachten, denn er meint weiter: „Immerhin kann eine Klage des Eigentümers in diesem Falle nicht völlig aus dem Gedankenkreise gelegen sein". Beleg ist ihm hierfür Liutpr. 131, wo wenigstens die Möglichkeit beider Klagen, der des Eigentümers und der des Vertrauensmannes, erörtert werde. Richtig ist, dass die Vorschrift erwägt, ob nicht Diebstahl gegen den Eigentümer und ausserdem Hausfriedensbruch gegen den Vertrauensmann vorliege. Aber das Entscheidende ist eben doch, dass die Antwort, mit dem westgotischen und dem bayerischen Recht übereinstimmend, dahin gegeben wird: es liege Diebstahl gegen den Vertrauensmann vor, und es sei nur wegen dieses einen Deliktes compositio zu zahlen, die dem Vertrauensmann gehöre, aus dessen Händen der Eigentümer auch erst die dem Dieb abgenommene Sache zu erhalten habe. Wenn dafür König Liutprand eine unser sachenrechtliches Thema nicht berührende Begründung gibt: „non possumus in unam causam duas calomnias imponere", so ist zu bedenken, dass er die ganze Frage vom Standpunkt des Diebes unter dem Thema der Verbrechenskonkurrenz[43]) behandelt. Die Anregung zu der Frage kann er sehr wohl aus römischen Rechtsanschauungen empfangen haben. Dies vermutet Brunner[44]) und scheint mir ein Hinweis auf Gaius, Inst. II, 205[45]), § 15 (17) Inst. 4, 1 noch wahrscheinlicher zu machen.

So hat die Grund-Auffassung Zycha's in den Quellen gar keine Stütze und ist ungeeignet, das Grundprinzip der Publizitätstheorie zu erschüttern[46]).

---

[43]) Schreuer, Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten (Gierke, Untersuchungen Heft 50) S. 60; Schröder, Dtsch. RG.[4] § 36[74].

[44]) a. a. O. II S. 509, vgl. über römische Einflüsse auf Liutprands Gesetzgebung Brunner I S. 371.

[45]) „Item si fullo polienda curandave . . . . vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone . . . suum consequi possit". Man beachte die Gleichheit der Entscheidung.

[46]) Über einen wichtigen Punkt, in dem Zycha das Richtige trifft, unten II am Ende.

II.

Ich meine hiernach: Soweit in den germanischen Rechten die Fahrnisverfolgung gegen dritte Inhaber der Sache ausgeschlossen ist, wird dies durch den Publizitätsgedanken allseitig und unanfechtbar erklärt[47]). Der Verlust der Gewere als der Publizitätsform des dinglichen Rechts zieht die Beschränkung der Wirksamkeit des Rechtes nach sich.

Wie aber verhalten sich dazu die germanischen Rechtssätze, welche in einer Gruppe von Fällen trotz des Verlustes der Gewere die Verfolgung gegen dritte Inhaber gewähren? Es ist die Gruppe, die mit Diebstahl und Raub schon in den ältesten Quellen einsetzt und dann allmählich, und nicht überall gleichmässig, andere Fälle, namentlich die gefundenen und die sog. abgetragenen (d. h. von Gesinde und Hausgenossen veruntreuten) Sachen an sich zieht, um schliesslich im Gegenspiel zu den Fällen des Hand-wahre-Hand-Gedankens unter dem Begriff des unfreiwilligen Gewereverlustes sich abzurunden[48]). Huber[49]) — und H. Meyer[50]) folgt ihm, während Gierke, soviel ich sehe, sich in diesem

---

[47]) Ausser der Zycha'schen Eigentumserlangung durch redlichen Erwerb ist das Franken'sche „Detentionseigentum" (Französ. Pfandrecht) schon aus den von Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 7 und Instit. II S. 4 ff., ausgeführten Gründen abzulehnen. Die Heusler'sche Begründung mit dem Hinweis auf das Fehlen eines exekutivischen Titels (ex fide facta, ex re praestita) gegen den Dritten (Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 12 ff. u. Gewere S. 487 ff.) vermag, wie die daran stark anklingende Rechtfertigung Jobbé-Duval's (Nouv. rev. hist. de droit 4 S. 566 f.) mit dem Fehlen eines acte solennel oder eines fait matériel gegenüber dem Dritten als notwendiger formaler Grundlage für eine Rechtshilfe gegen den Dritten, mindestens für die Zeiten eines fortgeschritteneren Prozessverfahrens, in denen unser Satz gerade am vollsten zur Entfaltung kam, keine ausreichende Erklärung mehr zu bieten.

[48]) Laband a. a. O. S. 69 ff., H. Meyer, Entwerung S. 42 ff., 48 ff.

[49]) Gewere S. 12—15, 16 f., 60 („schon im älteren Recht" — „die hervorgehobenen Gesichtspunkte treffen hier noch weit mehr zu und sind für die einfacheren Lebensverhältnisse der altgermanischen Genossenschaften noch überzeugender nachzuweisen, als für die spätere Zeit"), 61.

[50]) Entwerung S. 8 f., 13, 42 f., 48 f. Der Nachweis dieser Verwendung des Publizitätsgedankens bildet eins der Hauptziele des Buches (S. 2).

Punkt bisher nicht angeschlossen hat, — nimmt auch hier den Publizitätsgedanken zu Hilfe. Für das verlorengegangene Publizitätsmittel der Gewere sei bei Diebstahl und Raub als bei denjenigen Fällen der Gruppe, welche die ursprünglichen, lange Zeit allein bleibenden waren, auch späterhin neben den anderen überwiegend hervortraten und jedenfalls der ganzen Gruppe das Gepräge gaben, ein Publizitätssurrogat eingetreten. Hier sei es der Verlust der Sache wider Recht und Willen selbst, welcher offenkundig gewesen sei, die Sache mit einem offenkundigen „vitium“ behaftet habe, und deshalb habe jeder Dritterwerber, auch der nesciens, weil er hätte wissen können und sollen, das dingliche Recht des Bestohlenen gegen sich wirken lassen müssen. Die Offenkundigkeit beruhe aber, so führt Huber (S. 13) aus, auf „den engen genossenschaftlichen Verhältnissen des Mittelalters“, durch die „unter den Dorf- und Gerichtsgenossen ein Diebstahl oder ein Raub ohne weiteres bekannt geworden“ sei[51]). „Dafür habe schon das Gerüfte[52]) gesorgt, ferner das eigene Interesse des Bestohlenen, der bei späterer Rückforderung mit Zeugen habe beschwören müssen, dass ihm die Sache entwendet worden sei“. Die Offenkundigkeit sei freilich „nicht formal, aber tatsächlich in den allermeisten Fällen“ gegeben gewesen. Die Fälle, in denen „jemand bestohlen worden, ohne es zu wissen, und des Verlustes erst inne geworden, wenn er den Gegenstand im Besitze eines Dritten gesehen habe, seien seltene Fälle gewesen, die auf die Ausbildung einer allgemeinen Rechtsüberzeugung um so weniger hätten von Einfluss sein können, als der Beweis des Verlustes wider Willen hier wohl oft gar nicht habe erbracht werden können und deshalb der Kläger habe abgewiesen werden müssen“ (S. 17[30]). Auch „bei gefundenen Sachen habe eine gleiche Erwägung der aus den

[51]) H. Meyer S. 8: „die naturnotwendige Publizität des Verlustes fahrender Habe in Zeiten primitiver und wenig entwickelter Rechtsverhältnisse“.

[52]) Vgl. dazu auch Huber S. 61 und N. 144. H. Meyer S. 9: „damit, und ursprünglich nur damit, ist die Publizität des Verlustes bzw. der handhaften Tat gesichert“. Meyer beruft sich dabei nach dem Vorgang Huber's S. 13[22] auf Ssp. II 54 § 4.

Umständen für die Regel sich ergebenden Offenkundigkeit auf der Hand gelegen". „Beim Erwerb von Sachen aus fremden Kreisen aber habe sich der Erwerber auf einen fremden Gewähren verlassen und sich mit dem Umstand abzufinden gehabt", dass er von der Entwendung an fremdem Ort „keine Kunde erhalten hatte; er sei die Partei gewesen, die einem anderen den Glauben geschenkt habe, und nicht der Kläger", und habe „den Mangel der Gewere seines Vormannes gegen sich gelten lassen müssen" (S. 14).

Ist diese Verwendung des Publizitätsgedankens haltbar? Ist darin die richtige Erklärung für die Unterwerfung des dritten Inhabers unter das der Gewere darbende dingliche Recht des Bestohlenen gefunden und damit die — etwa neben anderen mitwirkenden Momenten[53]) — ausschlaggebende Ursache für die alte deutschrechtliche Trennung des gestohlenen vom anvertrauten Gut, später des unfreiwillig aus der Gewere verlorenen vom freiwillig aus der Gewere fortgegebenen Gut entdeckt? Die Frage ist von grösster Bedeutung für das Verständnis der Entwickelungsgeschichte wie für die Gewinnung des richtigen legislatorischen Standpunktes für die Gegenwart.

Denn das ist natürlich sofort klar: Jene Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen ist schon seit langen Zeiten in Wahrheit nicht mehr vorhanden. Es fehlt also seit langem auch hier, wie regelmässig[54]) bei den anvertrauten Sachen, an einem Ersatz für das mit der Gewere bzw. dem Besitz verlorene Publizitätsmittel. H. Meyer selbst muss anerkennen (S. 42 f.):

> „nur im engsten Kreise der Markgenossen ist die wirkliche Kundbarkeit durch Gerüfte erreichbar. Bereits bei einer geringen Entwickelung des Handels und Verkehrs muss man sich mit einer präsumtiven Publizität begnügen, da nicht mehr alle Fälle von Diebstahl allen zu Ohren kommen werden; und bald ist diese Präsumtion

[53]) Huber selbst (S. 16) erachtet auch die Rücksichtnahme auf die exekutorische Beitreibung gestohlener Sachen — vgl. Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 15 ff. und Gewere S. 490 ff. — für „sehr relevant".

[54]) Ausnahme bei der neueren Satzung (vgl. oben Text zu Anm. 30 ff.), heute insbes. beim Schiffspfand.

soweit erstarkt, dass man im einzelnen Falle gar nicht mehr fragt, ob denn das Gerüfte, das die Kundbarkeit erzeugen soll, auch stattgefunden hat. Man präsumiert einfach (!) jeden Verlust durch Raub und Diebstahl als public" [55]).

Und diesen Gedanken der bloss präsumtiven Publizität hat neuestens Wellspacher aufgegriffen [56]) in seiner (oben Anm. 38 zitierten) wertvollen Darstellung des Rechtes nach der Rezeption. Er hat ihn wiederzufinden geglaubt in der Diebstahlspräsumtion, welche der Usus modernus, an den Wortlaut der c. 2 und c. 5 Cod. de furtis 6, 2 anküpfend, bei der condictio furtiva wie bei der actio spolii gegen den beklagten Drittinhaber gelten liess [57]). Auch diese Diebstahlspräsumtion sei eine Wirkung der deutschrechtlichen Publizität des vitium furti. Nur sei sie, während sie im deutschen Recht gegen jeden Dritten unwiderlegbar, also als praesumtio juris et de jure, gewirkt habe, nach der Rezeption „in komplizierteren sozialen Verhältnissen, in denen die Kundbarkeit zu einer Fiktion geworden sei", zur blossen, widerlegbaren praesumtio juris herabgemindert worden, so dass nunmehr der Beweis redlichen Erwerbs zur Abweisung der Klage geführt habe. So würde man in der Tat von der Huber-Meyer'schen Ansicht aus, dass die unbeschränkte Verfolgbarkeit der gestohlenen Sachen gegen Dritte auf der Publizität des vitium furti beruht habe, unter Anerkennung des Wandels in den Verhältnissen zum Schutz des redlichen Erwerbs gelangen. Und man würde weiter, wenn man nicht überhaupt den Boden des deutschen Rechts ganz verlassen und sich dem römischen Recht mit seiner absoluten Wirksamkeit des dinglichen Rechts gegen alle Dritten zuwenden wollte, abhanden gekommene und anvertraute [58])

---

[55]) Vgl. auch S. 48: „Um den theoretischen Rechtssatz in der Praxis wirklich durchzuführen (?), war erstens die durch das Gerüfte bewirkte Publizität des dieblichen Verlustes viel zu unvollkommen . . . . .".

[56]) a. a. O. S. 635, 651 f., 660, 670 f., 689.

[57]) Über die Stellung, welche dieser Diebstahlspräsumtion in der Entwickelung unserer Materie zukommt, vgl. unten IV a. E.

[58]) bei denen die Fahrnisverfolgung nach der Rezeption auf unredliche Dritte ausgedehnt worden ist, vgl. oben Anm. 38.

Sachen im Schutz des redlichen Erwerbs gleichstellen müssen[59]). Damit wäre dem Art. 2279 Code civil, dem Art. 206 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht und dem § 935 Abs. 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs das Urteil gesprochen. Nur die Einführung eines neuen Publizitätssurrogates für abhanden gekommene Sachen, als welches Huber[60]) eine „Anzeige des Verlustes bei einem Amt zur Wahrung der Vindikationsrechte“ zur Erörterung stellt, würde von jenem Standpunkte aus die Verfolgbarkeit gegen redliche Dritte und damit die Abweichung von der Behandlung der anvertrauten Sachen noch zu rechtfertigen vermögen.

Eine Nachprüfung ist also gewiss am Platze. Sie führt m. E. nicht zu einer Bekräftigung der Huber-Meyer'schen These, sondern zu dem Ergebnis:

> Nicht unter der Einwirkung des Publizitätsgedankens, sondern im Kampf mit ihm hat sich die unbeschränkte Verfolgbarkeit der abhandengekommenen Sachen im deutschen Recht herausgebildet. Trotz des Mangels der Gewere, nicht weil er in einem anderen Publizitätsmittel seinen Ausgleich fand, wurden hier Drittinhaber dem dinglichen Recht des Beschädigten unterworfen.

Huber nimmt eine tatsächliche, nicht formale Offenkundigkeit des Verlustes an von solcher Stärke, dass die Unkenntnis dem Dritterwerber als Fahrlässigkeit zugerechnet werden durfte. Sie sei durch eine Reihe von Umständen herbeigeführt worden. Diese Umstände und ihre Bedeutung für die Publizität werden wir näher betrachten müssen.

---

59) Dasselbe Resultat, zu dem Zycha a. a. O. von der Unterlegung der Redlichkeit des Erwerbs als des von Anfang an im deutschen Recht treibenden Grundgedankens aus (vgl. oben Text zu Anm. 33 ff.) gelangt; er wünscht deshalb, es möge der schweizerische Gesetzgeber im Gegensatz zum vorliegenden Entwurf als erster die Regel „Habe hat kein Geleite“ (im Sinne des redlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten) als eine ausnahmslose proklamieren (S. 149 ff.).

60) S. 75. Huber ist aber selbst im Schweizerischen Entwurf (§§ 976 bis 979) bei der Regelung des schweizerischen Obligationenrechtes stehen geblieben (Erläuterungen zum Vorentwurf Heft 3 S. 369 f.). Die Anzeige dürfte auch in vielen Fällen den Publizitätserfolg schon wegen Unmöglichkeit der Feststellung genügender Identitätszeichen nicht erreichen.

1. Zunächst wird auf die „engen genossenschaftlichen, nachbarlichen Verhältnisse des Mittelalters“ hingewiesen. Gewiss haben solche in ältester historischer Zeit bei den Germanen bestanden und bewirkt, dass ein Diebstahl häufig in der Nachbarschaft, in der Markgenossenschaft oder Hundertschaft sofort ruchbar wurde. Es ist auch zuzugeben, dass, abgesehen von unfreien Knechten, kaum andere Fahrnisstücke, als Vieh und Waffen, nicht zu vergessen auch Kostbarkeiten, Schmucksachen [61]), erheblich in Betracht kamen, deren Besitzverhältnisse unter den Nachbarn und Genossen bekannt waren. Die Volksrechte stellen noch offensichtlich den Viehdiebstahl in den Vordergrund, freilich ohne jemals die Verfolgung gestohlener Fahrnis darauf zu beschränken [62]). Allein das gleiche traf, nachdem ein Fahrnisverkehr sich zu entwickeln begonnen hatte, mindestens seit der späteren merowingischen oder der karolingischen Zeit mit ihren Märkten und Messen [63]) nicht mehr zu. Es hatte vollends keine Geltung für die Städte und den städtischen Verkehr des deutschen Mittelalters. Und dennoch behaupteten sich die Sätze und Rechtseinrichtungen, die sich auf die Verfolgbarkeit gestohlener Fahrnis gegen alle Dritten bezogen, in den Land- und ganz besonders auch in den Stadtrechten mit ungeschwächter Kraft. Die Behandlung des sog. Marktkaufs, den wir unten (III) noch näher erörtern wollen, ist dafür ein schlagender Beweis. Dies lediglich auf das Trägheitsgesetz der Rechtsgeschichte zurückzuführen, wäre eine matte Erklärung, zumal im Hinblick auf die mächtigen Triebkräfte, die das städtische Wesen entwickelte, und namentlich auch im Hinblick darauf, dass nach Huber's [64]) eigenen Ausführungen der Publizitätsgedanke des deutschen Sachenrechts, die Behandlung der Gewere als der Publizitätsform der dinglichen Rechte, gerade im deutschen Mittelalter die vollste Entfaltung erreichte. Deswegen setzt denn auch Meyer [65]) für verhältnis-

[61]) Huber S. 61; v. Amira, Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte S. 54.

[62]) Vgl. London, Anefangsklage S. 135 [47].

[63]) Brunner, RG. II S. 238 ff.; Rietschel, Markt und Stadt S. 9 ff., 34, 38 ff., 47.

[64]) S. 54 ff.

[65]) Vgl. das Zitat oben S. 18 f.

mässig frühe Zeiten an Stelle der wirklichen Kundbarkeit eine präsumtive Kundbarkeit mit der Wirksamkeit der praesumtio juris et de jure, im Grunde wohl nichts anderes als eine Fiktion. Ein derartiger, den Juristen und ihrer Gesetzestechnik geläufiger Behelf erscheint im Rahmen des auf das sinnlich Wahrnehmbare gerichteten Volksrechts nicht ohne Bedenken.

2. Besondere Bedeutung misst Huber dem Gerüfte oder Gerüchte als Offenkundigkeitsmittel bei. Meyer[66]) stellt es in erste Linie. Betrachten wir, ob und inwieweit es im Sinne der ihm zugeschriebenen privatrechtlichen Publizität gegenüber Dritterwerbern der gestohlenen Sache zu funktionieren vermochte. Wir müssen dabei ausgehen von seiner ursprünglichsten und wichtigsten Funktion: im Strafverfahren bei handhafter Tat[67]), also hier bei handhafter Diebestat.

Es diente hier zunächst dem Zwecke, Hilfe heranzurufen, damit der Dieb auf handhafter Tat ereilt würde, d. h. in der Verfassung, dass er die gestohlene Sache noch in der Hand hatte, als bestes Überführungsmittel, ein „fur handhabendus", „fur inter manus habens inventus", wie die angelsächsischen Quellen nach Brunner's[68]) Hinweis sich ausdrücken. Es diente damit auch der Ereilung der gestohlenen Sache in der Hand des Diebes. „Tie uta, tie uta, ende helpet mi myn gued weer to wynnen", so gibt eine friesische Quelle[69]) den Inhalt des Rufes an. Hatte es aber diesen ersten — praktischen — Zweck erreicht, zur Ereilung des Diebes und der Sache geführt, oder war dies schon sofort bei der Entdeckung der Tat dem das Gerüfte erhebenden Kläger allein gelungen, so wurde das Gerüfte nunmehr bedeutsam als rechtliche, formale Voraus-

[66]) Vgl. oben Anm. 52.

[67]) v. Kries, Beweis im Strafprozess des Mittelalters S. 52 ff.; Planck, Gerichtsverfahren I S. 757 ff.; R. Löning, Reinigungseid bei Ungerichtsklagen S. 25, 33, 89 ff.; Brunner, RG. II S. 481 ff. und Abspaltungen der Friedlosigkeit in Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 11 GA. S. 76 ff. (Forschungen S. 458 ff.); His, Strafrecht der Friesen S. 182 ff.

[68]) RG. a. a. O. S. 481², vgl. auch die in „Abspaltungen" S. 78 (F. S. 460) N. 1 zitierten fränkischen Stellen („cum furtu capitur, cum furto deprehenditur").

[69]) Jurisprud. frisica ed. Montanus Hettema II S. 170 nach v. Richthofen, Altfries. Wörterbuch S. 1083 zu „tianutroft".

setzung für das Verfahren auf handhafter Tat, sowohl in ältester Zeit[70]), wo dieses noch in einer „Art von Volksjustiz" sich abspielte, als in der fränkischen und folgenden Zeit, wo es ein Gerichtsverfahren, freilich ein an die Ergreifung unmittelbar, erforderlichenfalls vor einem Notgericht, sich anschliessendes, summarisches Verfahren war. Für dieses Verfahren war es Publizitätsform, die den Diebstahl verlautbaren sollte, „uf daz dez antworters mistat scheinbar wirt" [71]). Es machte, auf dem Wege bis ins Gericht rechtsförmlich wiederholt[72]), nicht nur den Täter, sondern auch die gestohlene Sache als solche kundbar. Körperliche Verbindung der Sache mit der Person des Diebes, insbesondere das uns in älteren wie neueren Quellen begegnende Aufbinden der Sache auf dem Rücken des Diebes[73]), musste dies noch für das Auge wahrnehmbar machen, und zwar auch für die ganze urteilende Gerichtsversammlung zur „leiblichen Beweisung" [74]); denn in solchem Aufzug war der Täter in das Gericht zu bringen (Ssp. II 64 § 2). Zweck dieser Publizität war die Schaffung des Überführungsbeweises. Die Herbeigeeilten wurden öffentlich als Schreimannen aufgerufen zur Wahrnehmung des Vorgangs und zu seiner demnächstigen Bekundung im Gericht[75]). Das war gerade die Eigenart des Verfahrens auf handhafter Tat, dass darin der Angeklagte nicht zum Reinigungseid kam, sondern auf den sofort mit Hilfe der Schreimannen, ursprünglich als Eideshelfer, dann als wirklicher Zeugen, erbrachten Überführungsbeweis des Klägers abgeurteilt wurde[76]).

---

[70]) Brunner, Abspaltungen S. 76 (F. S. 458): „Wohl die älteste jener Voraussetzungen (die es bewirkten, dass das Verfahren gegen den Friedlosen sich in ein Rechtsverfahren umgestaltete) war die Erhebung des Gerüftes".

[71]) Blume von Magdeburg I 148 in Homeyer Richtsteig S. 349. Dazu Planck S. 764. 769; R. Löning S. 89; Brunner, RG. II S. 481.

[72]) Planck I S. 764, 772; v. Kries S. 57, 59 f.; R. Löning S. 89.

[73]) v. Amira, Recht[2] S. 162 und Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte S. 54; Brunner, RG. II S. 484[21]; Planck S. 771 f.; His S. 345.

[74]) Planck I S. 770 f., II S. 151 f.; Löning S. 90 f.

[75]) Löning S. 94 ff.; Planck I S. 761, 769; v. Kries S. 56.

[76]) Löning S. 96 u. N. 31; Brunner, Abspaltungen S. 80 (F. S. 462) und Grundz. d. dtsch. Rechtsgesch. 2. Aufl. S. 159.

Hiernach hatte das Gerüfte bei handhafter Diebestat die Ergreifung und dann die Überführung und sofortige Aburteilung des Diebes im Auge. Es war gegen den Dieb gerichtet. Dabei verhalf es dem Bestohlenen auch zu seiner Sache, da er sich nach der Aburteilung nunmehr ohne weiteres der zunächst als Überführungsmittel mit dem Dieb ins Gericht gebrachten Sache bemächtigen durfte. Aber eben deshalb, weil er bei solchem Verlauf die Sache direkt aus der Hand des Diebes wieder an sich brachte, war hier für eine Publizitätswirkung des Gerüftes gegen dritte Erwerber keine Gelegenheit. —

Nun war freilich ein anderer Verlauf möglich: Es wurde auf das Gerüfte nicht der Dieb ereilt, aber in ununterbrochener Spurfolge binnen bestimmter Frist (3 Tage) die Sache in der Hand eines Dritten gefunden, der in Wirklichkeit nicht der Dieb war und den auch der Verfolger nicht mit erneutem Gerüfte als Dieb in handhafter Tat anzuschreien sich getraute. Dann konnte der Verfolger nach den fränkischen Volksrechten[77]) sich im Wege der Selbsthilfe, und zwar im Verhältnis zum Inhaber definitiv, der Sache bemächtigen. Nur musste er nach Brunner's[78]) überzeugender Auslegung des Tit. 37 der lex

---

[77]) lex Rib. 47, lex Sal. 37.

[78]) RG. II S. 497 f. (wo in N. 16 auch frühere Literatur, vgl. auch Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 15 ff. und Gewere S. 490 f.). Beistimmend Schröder, RG.[4] § 37[104]; Geffcken, lex Salica, Erl. zu Tit. 37 S. 154; H. Meyer, Entwerung S. 10 f. — Neuerdings hat Zycha in Zeitschr. d. Sav.-Stift. 22, GA. S. 155 ff., dem Tit. 37 der lex Salica eine von allem Bisherigen durchaus abweichende Auslegung gegeben, indem er das „per tercia manu agramire debet“ in Satz 1 unter Korrektur des nächst stehenden „ille“ in „illi“ nicht auf den Verfolger, sondern auf denjenigen, bei welchem das gestohlene Tier gefunden wird, bezieht und zu dem Ergebnis kommt: „Für den Besitzer, der die Einwendung abgeleiteten Erwerbes erhoben hat, ist demgemäss die Situation ganz die gleiche, ob die Sache vor oder erst nach Ablauf der drei Nächte bei ihm gefunden wurde: es kommt zu regelrechtem Dritthandverfahren“, also auch im ersteren Falle nicht zur unmittelbaren Herausgabe an den Verfolger bzw. zur Abnahme im Wege der Selbsthilfe. Das bisher für korrespondierend gehaltene „absque intertiato revocare“ in l. Rib. 47, 1 betreffe den ganz anderen Fall, dass Vieh sich verlaufen habe und nunmehr unter jemandem angetroffen werde, der es irrtümlich an sich genommen habe. Diese Auslegung erscheint mir entschieden verfehlt. Ich halte schon die nur durch eine einzige Handschrift, Cod. 9 in der Ausg. Hessels,

Salica dem Dritten, wenn dieser sich auf einen Gewährsmann bezog, unter Bürgschaft geloben, die Sache demnächst dem Gewährsmann gegenüber vor Gericht zu vertreten. Hier war also der Dritte schlechter gestellt, als ein mit dem Anefang angesprochener Dritter, da er sich die Sache vom Bestohlenen ohne Gericht abnehmen lassen musste und, ohne vorher gegen seinen Auktor das Recht auf Gewährschaft, d. h. auf prozessualische Verteidigung der Sache, geltend machen zu können. Wodurch wird dies gerechtfertigt?

Die Parallele zum Überführungsbeweis im Verfahren auf handhafter Tat ist einleuchtend. Hier, wie dort, sorgte das Gerüfte, dass die Identität der gestohlenen mit der in Anspruch genommenen Sache im Wege der Spurfolge durch die zur Wahrnehmung aufgerufene Schar (trustis) der Spurfolger „scheinbar" gemacht, bescheinigt wurde. Diese Identitätsbescheinigung verlegte dem Dritten den Beweis und rechtfertigte das aussergerichtliche Selbstbemächtigungsrecht des Bestohlenen, auch noch zu einer Zeit, als das Verfahren auf handhafter Tat ein gerichtliches geworden war, da es sich hier eben nicht, wie im letzteren, um die Leibesstrafe gegen den Dieb, sondern nur um die Wiedergewinnung des Gutes handelte. Dies alles ja auch nur gegen Garantie des Bestohlenen für gehörige Führung des Rechtsganges gegenüber dem Gewährsmann im Interesse der (materiellen) Gewährschaftsrechte des Dritten gegen diesen letzteren.

gestützte Korrektur des „ille" in „illi" für keineswegs so unbedenklich, wie Zycha meint, und möchte der Interpretation von l. Rib. 47, 1 entgegensetzen, dass das „absque intertiato" doch gerade auf einen Fall hinweist, der nach seiner Beschaffenheit an sich Gelegenheit zum Dritthandverfahren bieten würde. Vor allem aber verschwindet bei jener Auslegung der Gegensatz zwischen Satz 1 und Satz 2 des Tit. 37 l. Sal., den der Wortlaut unbedingt fordert und die herrschende Meinung ins hellste Licht setzt, ganz und gar. Denn, was Zycha dafür einsetzt (S. 164), dass nämlich in Satz 2 an ein prozessualisch verfehltes Verfahren des Klägers („schlichtes" revocare statt Anefang) zu denken sei, auf das der Beklagte die Einlassung verweigern, über das er sich aber auch, wenn es ihm beliebe, unter Einlassung hinwegsetzen könne (daher „liceat" agramire im Gegensatz zu „debet" in Satz 1), ist in hohem Grade gekünstelt, wird durch nichts in der Stelle belegt und verwässert den Inhalt der Sätze 1 und 2 in unannehmbarer Weise.

Danach ist es auch hier wieder die auf den Beweis gerichtete Publizitätsfunktion des Gerüftes, welche die Regelung erklärt, nicht aber eine privatrechtliche, gegen alle Dritten im Sinne einer Warnung vor künftigem Erwerb wirkende Publizitätsfunktion des Gerüftes oder, wie Schröder (a. a. O.) will, eine in den damaligen engen nachbarlichen Verhältnissen begründete Ortskundigkeit des Diebstahls, die „dem Erwerber einer frisch gestohlenen Sache mindestens eine Fahrlässigkeit zur Last“ schrieb. Hätte die Auffassung bestanden, es habe der Dritte das vitium der Sache trotz seiner Erkennbarkeit unbeachtet gelassen und sich deshalb durch den Erwerb ins Unrecht gesetzt, so hätte man sicherlich die Auseinandersetzung mit seinem Gewährsmann ihm selbst ganz und gar überlassen. Man hätte dann nicht noch ihn mit einem besonderen Gegenrecht gegen den Bestohlenen ausgestattet und so diesem letzteren die Rolle gewissermassen eines Verbündeten des Dritten gegen den Gewährsmann aufgezwungen. —

In den beiden besprochenen Fällen erfüllte das Gerüfte in bezug auf die Sachverfolgung seinen praktischen Zweck, die Auffindung der Sache, wie seinen formalrechtlichen Beweiszweck zugunsten des Bestohlenen, ohne daneben eine privatrechtliche Publizitätsfunktion auszuüben. Es fragt sich, wie es in den häufigen Fällen stand, wo die auf das Gerüfte unternommene Spurfolge innerhalb der bestimmten Frist ergebnislos verlief, die Sache erst später bei einem Dritten entdeckt und geanefangt wurde. Das sind wohl die Fälle, für welche Huber jene privatrechtliche Publizitätsfunktion vornehmlich in Anspruch nimmt. Auch hier stossen nicht unerhebliche Bedenken auf.

Nach ergebnisloser Spurfolge kehrten die auf das Gerüfte Herbeigeeilten heim, ohne die Sache in Verbindung mit dem Diebstahl gesehen zu haben. Sie war also als eine gestohlene in ihrer Individualität nicht von ihnen festgestellt worden. Was man darüber gehört hatte, waren nur die einseitigen Behauptungen des Bestohlenen.

Ferner war damit zu rechnen, dass ein Dritter die Sache vor der Erhebung des Gerüftes, womöglich schon vor der Entdeckung des Diebstahls, erwarb. Dass er trotzdem von der Anefangsklage getroffen wurde, ist zweifellos. Anderenfalls

hätte die Möglichkeit einer darauf zielenden Art der Verteidigung des Beklagten sicher irgendwie in den Quellen Erwähnung gefunden.

Endlich war auch umgekehrt damit zu rechnen, dass ein Dritter die Sache erst lange nach der Erhebung des Gerüftes erwarb und sie nunmehr unter ihm vom Bestohlenen erkannt und geanefangt wurde. Sollte hier das Gerüfte, nachdem es längst verklungen war, noch jene Nebenwirkung gegen den Erwerber haben äussern können? Man erwäge, dass es seiner eigentlichen Ausgestaltung nach auf sofort zu verwirklichende Zwecke — Verfolgung und Beweissicherung — berechnet war.

Das sind Gründe, die den wirklichen Publizitätswert des Gerüftes im Verhältnis zu dritten Erwerbern herabsetzen mussten. Auf diesen Wert haben wir aber unsere Betrachtung einzustellen, da Huber selbst das Gerüfte in der fraglichen Nebenfunktion nicht als formales Publizitätsmittel, sondern nur als Grundlage für tatsächliche Offenkundigkeit angesehen wissen will. Hätte es in jener Beziehung formales Publizitätsmittel sein sollen, so hätte dies ja auch den Satz bedeutet: „Ohne Gerüfte (d. h. ohne vorher, nämlich schon sofort nach dem Diebstahl oder nach seiner Entdeckung, erhobenes Gerüfte) keine Anefangsklage", ähnlich dem zweifellos geltenden Satze: „Ohne Gerüfte kein Verfahren auf handhafter Tat" oder „Ohne Gerüfte keine rechtlich wirksame Spurfolge" (im oben geschilderten Sinne) — und davon ist unstreitig nach dem Inhalt der Quellen keine Rede. Wir müssen daher auch mit einer grösseren Zahl von Fällen rechnen, in denen die Anefangsklage erhoben wurde, ohne dass seinerzeit überhaupt ein Gerüfte vorangegangen war.

Huber[79]) weist selbst auf solche Fälle hin, in denen der Bestohlene auf seinen Verlust erst dadurch, dass er seine Sache bei einem Dritten sah, aufmerksam wurde. Hier hatte er also ein Gerüfte nicht erheben und auch sonst nicht für die Bekanntmachung des Diebstahls sorgen können. Und doch durfte er die Sache beim Dritten anefangen und sich vor Gericht zu ihr ziehen, und zwar mit vollem Erfolg. Die Bemerkung

---

[79]) S. 17[80], vgl. oben S. 17.

Huber's, dass hier die Klage ohnedies meist wegen Mangels des Beweises des dieblichen Verlustes zu Fall gekommen wäre, kann, wie unten (4) sich zeigen wird, nur für eine partikuläre Rechtsbildung der späteren Zeit Bedeutung beanspruchen. Hier war also der Dritte überhaupt keiner Publizitätsausstrahlung ausgesetzt gewesen und musste doch die Sache herausgeben. Ob man mit Huber das Gewicht dieser Fälle durch Hinweis auf ihre Seltenheit abschwächen kann, mag dahingestellt werden.

Das Gerüfte mochte wohl auch in Fällen unterbleiben, in denen der Diebstahl unter solchen Umständen entdeckt wurde, dass eine Ereilung des Diebes oder der Sache ausgeschlossen war, dass eine Spur sich nicht fand, die hätte verfolgt werden können, dass überhaupt nichts zu verfolgen war. Ob hier die Nachbarschaft, Genossenschaft das Gerüfte mit seinem Strafzwang gegen die Folgepflichtigen (Ssp. I 53 § 1)[80], mit seinem Eingriff in die wirtschaftliche Tätigkeit so vieler Leute geduldet hätte, ja ob es nicht vielleicht sogar die Rüge des Bauermeisters (Ssp. I 2 § 4) und die Strafe wegen unrechten, ohne Not geschrieenen Gerüftes (vgl. z. B. Ssp. I 62 § 3, auch Richtst. Landrechts 33 § 5) gegen den Bestohlenen heraufbeschworen hätte[81], ist erwägenswert.

Vor allem — und das ist mir von wesentlicher Bedeutung — hing es vom Willen des Bestohlenen ab, ob er das Gerüfte erhob, während auf alle Fälle, auch wenn er es nicht erhob, der mit dem Anefang angesprochene Dritte die Sache herausgeben musste. Trotz Nichtgebrauchs des ihm zur Verfügung stehenden Offenkundigkeitsmittels hätte also nach der bekämpften Ansicht der Bestohlene die Offenkundigkeitswirkung gegen den unschuldigen Dritten geltend machen können!

3. Für einen Kreis von Fällen behauptet Huber aber — und damit arbeitet er unserer letzten Erwägung in etwas entgegen und bringt er ein neues Argument für seine These — dennoch eine Verpflichtung zum Gerüfte: „Wer eine fremde Sache in Gewahrsam hatte, wurde bei seiner Verantwortlichkeit sogar verpflichtet, den Raub auszurufen, damit die Sache ver-

---

[80]) Brunner, RG. II S. 227; Planck I S. 760.

[81]) Planck S. 761.

folgt werden konnte"[82]). Er zieht dafür beispielsweise Ssp. II 54 § 4 an, und H. Meyer[83]) sieht gerade in dieser Vorschrift einen Beleg für die (in Frage stehende) rechtliche Wirkung des Gerüftes. Sie lautet:

„Svat so man vor den hirde drift, ne bringt he's nicht weder in dat dorp, he mut it gelden. Svat aver ime die wolve nemet oder rovere, blift he[84]) ungevangen, unde ne bescriet he sie mit deme gerüchte nicht, so dat he's getüch hebben moge, he mut it gelden".

Ich habe zwei Einwendungen zu machen:

Die eine in Ansehung der zitierten Vorschrift selbst. Gewiss war diese geeignet, den Hirten zum Gerüfte zu veranlassen und dadurch mittelbar der Kundbarmachung des Raubes zu dienen. Insofern kann sie allerdings von Huber als ein tatsächlich die Offenkundigkeit gegenüber Dritterwerbern förderndes Moment angeführt werden. Sie bezweckte aber diese Wirkung keineswegs. Nicht „damit die Sache verfolgt werden konnte", damit die Publizität gegen etwaige künftige Dritterwerber gewahrt wurde, war dem Hirten das Gerüfte zur Pflicht gemacht. Dies zeigt schon deutlich die Gleichstellung des von Menschen mit dem von Wölfen verübten Raub. „Svat ime die wolve nemet", das konnte für späteren Dritterwerb, überhaupt für die „Verfolgung der Sache", gewiss nicht mehr in Betracht kommen! Nicht im Interesse des Eigentümers des geraubten Viehstücks, sondern in seinem eigenen Interesse sollte der Hirt das Gerüfte erheben: damit er von der Haftung für Schadensersatz freikam. Diese Haftung war nach bekannten deutschrechtlichen Prinzipien[85]) grund-

[82]) S. 13 u. N. 22.

[83]) S. 9, vgl. auch oben Anm. 52.

[84]) nämlich der Hirte, wie aus der Parallelstelle des Rechtsb. nach Distinktionen II 7, d. 5 hervorgeht, wo es heisst: „Waz fihes dy wulffe adder rouber nemen, blibet her vor den wolffen unvorsert sines libes, adder von den roubern ungefangen, schriet her ouch daz geruffte nicht, her muss is gelden. Schriet her abir das gerufte, unde had des sinen geczugk selbdrette, dy daz mit om gewern zcu den heyligen, he blibet des ane wandel". Die gleiche Vorschrift auch z. B. in Schwabensp. (Lassb.) c. 213 und in Goslarer Stat. (Göschen) S. 43 Z. 15 ff.

[85]) Vgl. den Anfang der Sachsenspiegelstelle, auch Ssp. II 48 § 1. Vgl.

sätzlich eine unbedingte. Unsere Vorschrift eröffnete aber dem Hirten einen Unschuldseid „selbdritt", wenn er selbst von den Wölfen an seinem Leibe versehrt oder von den Räubern gefangen worden war, oder, wenn er sofort das Gerüfte geschrieen hatte. Das Gerüfte diente also hier dem Unschuldsbeweis für den Haftpflichtsprozess gegen den Hirten. Es sollte ihm die Wissenszeugen, die er dafür brauchte (Schwabensp. a. a. O.: „Hat er aber zwene man, die daz horten und sahen, unde sagent die, daz er ruffte unde nach lief"), verschaffen. Dies und nur dies bezeichnen die einschlägigen Quellenstellen ausdrücklich als Zweck des Gerüftes.

Eine zweite Einwendung betrifft die Verallgemeinerung des Inhalts der obigen Vorschrift. Man darf nicht den Zwang, wie er dem Hirten auflag, unter allen Umständen, auch wenn keine Spur zu verfolgen war, zum Zwecke seiner Befreiung von der Haftung das Diebstahlsgerüfte zu erheben, auf alle, die fremde Sachen in Gewahrsam hatten, ausdehnen. Dies lehrt schon die Tatsache, dass jedenfalls nach den älteren Rechten und wenigstens in einer Reihe von Fällen (bei verschiedenartiger Regelung im einzelnen) auch nach den Rechten des Mittelalters der Verlust durch Diebstahl keine Ausnahme von der Haftpflicht gegen den Anvertrauenden begründete[86]: selbst die Erhebung des Diebstahlsgerüftes befreite hier nicht von der Haftung.

4. Wo aber keine Verpflichtung bestand, habe doch — so meint Huber[87] — den Bestohlenen sein eigenes Interesse an der Gewinnung von Zeugen für den späteren Anefangsprozess zu alsbaldiger öffentlicher Bekanntmachung seines dieblichen Verlustes angetrieben.

Allein für die älteren Rechte (Volksrechte) — und auf

---

dazu Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 246 und im allgemeinen Heusler, Instit. II S. 263 ff. (vgl. auch oben Anm. 41).

[86]) Heusler a. a. O.; Stobbe a. a. O. S. 215 ff. Freilich l. Visig. V 5, 3 und l. Baiu. XV 4 und 5 legen wohl dem Vertrauensmann das „furem sua investigatione perquirere" als eine Pflicht auf, die erfüllt sein muss, damit er die dort verordnete Schadensteilung zwischen ihm und dem Anvertrauenden beanspruchen kann. Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 22 und Gewere S. 495, nimmt ganz allgemein nicht bloss ein Recht, sondern eine Pflicht des Vertrauensmanns zur Diebesverfolgung an.

[87]) S. 13, vgl. oben S. 17.

diese wird bei Behandlung unserer Frage das Schwergewicht zu legen sein [88]) — passt dies deshalb nicht, weil ihnen überhaupt ein Beweis des Klägers mit Zeugen (Eideshelfern) im Anefangsprozess fremd war. Die Beweisrolle gehörte hier dem Beklagten [89]). Auch über die Identität der geanefangten mit der gestohlenen Sache entschied nicht ein Beweis des Klägers, sondern der Ausgang der Verteidigung des Beklagten. Darin lag gerade der Unterschied vom Verfahren auf handhafter Tat und vom Verfahren auf Grund der Spurfolge (oben 2). Zwar wurde nach manchen älteren Rechten (dem ribuarischen, angelsächsischen, langobardischen) im Anefangsprozess dem Eid des die Sache an den Gewähren ziehenden Beklagten ein Eid des Klägers gegenübergestellt, dass die Sache sein sei. Aber dieser Eid war ein Voreid, Gefährdeeid, und vor allem er war ein Eineid [90]). Für diesen etwaigen Eid im künftigen Anefangsprozess war also dem Kläger der alsbald nach der Tat erfolgte öffentliche Aufruf der Nachbarn zum Sehen und Hören nichts nutze.

Aber selbst im deutschen Mittelalter begegnet ein Eid des Klägers mit Zeugen nur in einem Teil der Rechte [91]). Allerdings bestimmen der Sachsenspiegel (II 36 §§ 4, 7), der Richtsteig Landrechts (13 § 5) und eine Reihe anderer Rechtsquellen, dass der Kläger sich selbdritt zur Sache ziehen müsse, und verlangen teilweise ausdrücklich, dass die beiden Mitschwörenden Wissenszeugen seien (Ssp.: „vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten, dat it ime düflike oder roflike geloset si) [92]). Unter der Herrschaft dieser Rechte war also in der Tat eine alsbaldige Heranziehung von Augenzeugen für die Spurenreste des Diebstahls — ob wirklich auch eine

---

[88]) Vgl. Huber selbst S. 60 und oben Anm. 49.

[89]) Sohm, Prozess der lex Salica S. 74, 91; London, Anefangsklage S. 122 ff.

[90]) v. Bethmann-Hollweg, Zivilprozess IV S. 481 [10]; Planck I S. 832; London S. 127 ff; Brunner, RG. II S. 501 [42]; Schröder, RG. [4] § 37 [106].

[91]) Vgl. hierzu besonders die grundlegenden Erörterungen Laband's a. a. O. S. 108 ff., ferner Planck I S. 831 ff.

[92]) Laband S. 115 [15]; Planck S. 833.

öffentliche Bekanntmachung? — angezeigt. Indessen diese — nunmehr einen Zeugenbeweis (im mittelalterlichen Sinne)[93]) für die Feststellung der Aktivlegitimation fordernde[94]) — Rechtsbildung wurde keineswegs eine allgemeine. So verlangt nach Laband's Feststellung die Mehrzahl der sächsischen Stadtrechte, namentlich das Magdeburgische und das Lübische Recht, nur den Eineid des Klägers. Ich kann das Stadtrecht von Freiburg i. Br. (12. Jahrh.)[95]) und manche der ihm nahestehenden Stadtrechte (z. B. Colmar 23, Dattenried 23, Burgdorf i. d. Schweiz 186, Aarau 28)[96]), auch c. 32 der Lettres de Philippe-Auguste für Amiens von 1190[97]) hinzufügen.

Bezeichnend ist es, wie sonst vom Sachsenspiegel beeinflusste Stadtrechte gerade in unserem Punkte nicht folgen, und besonders bezeichnend, wie das Hamburgische Recht von 1270 und das ihm sich anschliessende Recht von Stade[98]), worauf Laband hingewiesen hat, einen Unterschied machen und für den Beweis des früheren Besitzes des Klägers an der geanefangten Sache einen Eid mit Zeugen, für den Beweis des dieblichen Verlustes aber nur den Eineid erfordern, offenbar im Interesse des Klägers, ausgehend von der Erwägung, dass für das letzte schwieriger Zeugen zu beschaffen seien, als für das erste, also gerade mit der Schwäche oder sogar mit dem Fehlen der Offenkundigkeit des dieblichen Verlustes rechnend.

Das Argument Huber's trifft also nur für eine partikuläre Rechtsbildung der späteren Zeit zu.

5. Gleiche Erwägungen in bezug auf die Offenkundigkeit, wie bei den gestohlenen Sachen, lässt Huber[99]) bei den ver-

---

[93]) Planck II S. 64, 67 ff.

[94]) Vgl. auch London S. 133 f.

[95]) Vgl. die oben Anm. 22 wiedergegebene Stelle.

[96]) Gaupp, Stadtrechte I S. 118, II S. 180, 141, für Aarau Ausg. Merz 1898 in Rechtsqu. des Kantons Aargau I 1 S. 24, während das Berner Stadtrecht des 13. Jahrh. c. 38 (ed. Welti 1902 in Rechtsqu. des Kantons Bern I 1 S. 16) Zeugenbeweis erfordert.

[97]) Ordonnances des rois de France de la troisième race XI S. 266.

[98]) Hach, Das lübische Recht Cod. III c. 397 (S. 541); Pufendorf, Observ. I app. S. 225 V. Dazu Laband S. 117[24], H. Meyer, Entwerung S. 14 f.

[99]) S. 17[30], 13[21], vgl. oben S. 17 f.

lorenen Sachen gelten. Er erinnert ausserdem an die Pflicht des Finders, den Fund öffentlich aufzubieten (Ed. Rothari 260, 343, l. Visig. VIII 5, 6, Ssp. II 37)[100]. Aber gerade dieses Aufbieten geht davon aus, dass man nicht weiss, wer der Verlierer ist, dass dessen Verlust bis dahin nicht offenkundig geworden ist. Wenn also der Finder treulos war, den Fund nicht aufbot, vielmehr die Sache an einen Dritten veräusserte, und wenn nun dieser Dritte, wie es feststeht, auf den Anefang des Verlierers die Sache herausgeben musste, so möchte man hier — d. h. eben für eine das Fundaufgebot kennende Rechtsordnung — gerade besonders Bedenken tragen, die Anefangbarkeit auf die Offenkundigkeit des Verlustes zurückzuführen. Das war aber der Hauptfall des Anefangs einer verlorenen Sache bei einem Dritten. War einmal der Fund aufgeboten, so lag die Gefahr einer solchen Veruntreuung, auch mit Rücksicht auf die Beteiligung des Richters (Ssp. II 37 § 3), um vieles ferner. Ganz und gar aber fiel das Moment der Offenkundigkeit aus in bezug auf die abgetragenen, d. h. von Gesinde und Hausgenossen veruntreuten, Sachen. Und doch wurden auch sie, wenigstens in den Rechten des Mittelalters, in den Bereich der Anefangsklage einbezogen, so dass sie gegen jeden Dritterwerber verfolgt werden konnten[101]. —

Aus den vorstehenden Erörterungen zu 1 bis 5 ziehe ich den Schluss: Die von Huber und Meyer angenommene Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen litt an be-

---

[100]) Das ist gewiss ein privatrechtliches, formales Publizitätsmittel. Seine wahre Publizitätsfunktion in der Richtung auf die Verschweigung der Rechte des Verlierers hat Huber selbst (S. 15, 17[30], 51[119]) treffend beleuchtet. Vgl. hierzu Meyer, Entwerung S. 158 ff.

[101]) Vgl. hierüber die eingehende Darstellung von Meyer S. 57 ff. Für die ausdrückliche Gleichstellung dieser Sachen mit den gestohlenen habe ich noch in der Stadtsatzung von Bern von 1539 c. 58 (ed. Welti 1902 in den Rechtsquellen des Kantons Bern I 1 S. 287) einen Beleg gefunden: „Wellicher wüssentlich oder unwüssentlich roub, verstolenn und entragen gut koufft, kompt der, dem dz gut gnomen und enntragen, und nach der statt recht bewysst, dz es im durch unrecht enntfrembdet ist, so soll der jhenig, so dasselbig erkoufft, dem ansprecher semlich wider gebenn one allen schaden“.

denklichen Schwächen. Sie musste bei einer Gruppe von Fällen ganz fehlen. Sie konnte nach dem Willen des Entwerten fehlen. Sie kam bei einer anderen Gruppe von Fällen zu spät, um als Warnung vor einem Dritterwerb wirken zu können. Das nach der Rechtsordnung dem Entwerten zur Verfügung stehende formale Offenkundigkeitsmittel, das Gerüfte, war in allen Fällen auf andere Zwecke, als auf eine privatrechtliche Publizitätswirkung gegen Dritte, zugeschnitten; es wäre die letztere nur als eine nicht zum Ausdruck gebrachte, nicht formale Nebenwirkung in Betracht gekommen[102]). Diese Schwächen mussten zum Teil schon in frühester Zeit, sobald nur von einem Dritterwerb im Rechtssinne die Rede sein konnte, sich fühlbar machen, sie mussten sämtlich bei steigendem Verkehr und Handel immer fühlbarer werden.

Eine Offenkundigkeit mit solchen Schwächen, mit unbestimmtem Anfang, auf verschiedenartige Faktoren gegründet, die das eine Mal stärker, das andere Mal schwächer, das dritte Mal gar nicht in Wirkung traten, vor allem eine Offenkundigkeit von nur tatsächlicher Bedeutung, ohne formale Ausgestaltung, konnte aber meines Erachtens nicht Ersatz sein für die scharf umrissene, in ihrer Dauer vom Anfang bis zum Ende klar und einheitlich bestimmte, in allen Fällen gleich starke, durchaus formal gestaltete Offenkundigkeit der Gewere. Ohne Formalismus keine rechtlichen Publizitätswirkungen! — wie es z. B. nach unseren obigen Ausführungen auch das Gerüfte beweist, wo es diejenigen Publizitätsfunktionen, zu denen es zweifellos berufen ist, erfüllt. Die Unebenbürtigkeit jener tatsächlichen Offenkundigkeit und der formalen Offenkundigkeit der Gewere scheint mir der Hauptgrund gegen die Huber-Meyer'sche Ansicht zu sein. Gerade die formale Natur der Gewere, ihre Bedeutung als Publizitätsform der dinglichen Rechte im vollen Einklang mit dem auf die sinnliche Erscheinung gerichteten Charakter des älteren deutschen Rechts glänzend herausgekehrt zu haben, ist das nicht hoch genug zu

[102]) Dass das Gerüfte zu irgendeiner Zeit Voraussetzung für den wirksamen Anefang beim Dritten gewesen sei, was Meyer S. 43 (vgl. oben Text zu Anm. 55) für die älteste Zeit zu unterstellen scheint, dafür besteht gar kein Anhalt. Vgl. oben S. 27.

veranschlagende Verdienst der Huber'schen Publizitätstheorie. Und in der Bezeichnung der Gewere als des „formalen und nach aussen gekehrten Elementes des Sachenrechts" hat schon vorher Gierke[103]) das Wesen der Gewere richtig getroffen. Danach würde vielleicht eine Aufbietung des dieblichen oder sonstigen Verlustes im Ding oder in der Kirche als formale, indispensable Voraussetzung der Anefangbarkeit gegen spätere Dritterwerber, ähnlich dem Fundaufgebot als Voraussetzung für die in der Verschweigung liegende Publizitätswirkung[104]), ein „den engen genossenschaftlichen Verhältnissen" angepasstes Äquivalent für die dem dinglich Berechtigten verloren gegangene Publizität der Gewere gewesen sein. Aber jene tatsächliche Offenkundigkeit des Verlustes konnte das nicht sein. Wäre sie es wirklich gewesen, so würde dies m. E. eine Trübung der Publizitätstheorie bedeuten und Zweifel an ihrer Richtigkeit aufkommen lassen. Die oben (Text zu Anm. 30 ff.) kurz berührte Geschichte der neueren Satzung von Fahrnis bildet, wie einen trefflichen Beleg für die Publizitätstheorie im allgemeinen, so auch einen Beweis gegen die hier bekämpfte Ersatzpublizität des Verlustes wider Recht und Willen. Denn sie zeigt, wie im lübischen Recht selbst eine formal gestaltete, auf die Wirkung gegen Dritte gerichtete Zeugen-, Gerichts-, sogar Buchpublizität der Publizität der Gewere mit ihrem „Hand-wahre-Hand"-Gedanken nicht ganz die Wage zu halten vermochte.

Nach Huber[105]) begründet die von ihm angenommene tatsächliche Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen auf seiten jedes Dritterwerbers die privatrechtliche Herausgabepflicht deswegen, weil er den Verlust, „wenn er nicht bereits davon gewusst habe, leicht hätte erfahren können", und weil er deshalb „seine so fahrlässig erworbene Gewere dem Bestohlenen nicht habe wirksam entgegenhalten können"; „er habe die Unkenntnis zu verantworten gehabt", da „die Um-

[103]) Deutsches Genossenschaftsrecht II S. 137.

[104]) Vgl. oben Anm. 100 und meine Anzeige von Immerwahr, „Verschweigung im deutschen Recht" in Krit. Vierteljahrsschrift 40 S. 343.

[105]) S. 13, 14, 61, vgl. oben S. 17.

stände dafür gesprochen hätten, dass er die „Kenntnis hätte besitzen sollen“; „man habe von jedermann annehmen können, dass er von dem verbrecherischen Eingriff in das Eigentum des Gerichts- und Dorfgenossen Kenntnis besitze“. Der unmittelbare Grund für die Herausgabepflicht wird also in der typisch, regelmässig fahrlässigen Unkenntnis des offenkundigen Ereignisses gefunden.

Dieser letztere unmittelbare Grund versagt aber jedenfalls beim sogenannten „Marktkauf“ [106]). Und darin erwächst ein weiteres, bedeutsames Gegenargument, auf das auch schon Adolf Zycha [107]) hingewiesen hat. Auch wer eine gestohlene Sache „auf offenem, freiem Markte“ gekauft hatte, also in einer Art, bei der die nicht fahrlässige Unkenntnis des vitium das Typische, Regelmässige war, in einer Form, die Franken [108]) als den „obersten Typus des bona fide-Verkehrs“ bezeichnet hat, auch dieser Dritte musste auf die Klage des Bestohlenen die Sache herausgeben. Das hat vom ersten Auftreten des Marktkaufs als einer besonderen Rechtsfigur gegolten und sich bis zur Rezeption des römischen Rechts im deutschen, wie im französischen Recht ausnahmslos [109]) behauptet. Hätte der Rechtsordnung der Gedanke in den Gliedern gelegen, der Dritte müsse deswegen herausgeben, weil das vitium allgemein erkennbar gewesen sei und er es sich daher habe selbst zuschreiben müssen, dass er es nicht erkannt habe, so hätte sie beim Marktkauf bald von der Herausgabepflicht sich abwenden müssen. Dies um so mehr, als die im Tatbestand des Marktkaufes liegenden Besonder-

---

[106]) Vgl. über diesen besonders Franken, Französ. Pfandrecht I S. 302 ff., London, Anefangsklage S. 316 ff., H. Meyer, Entwerung S. 104 ff., 123 ff., und für das Recht nach der Rezeption Wellspacher a. a. O. S. 653 f. und die dort N. 67 zitierten Autoren des Usus modernus.

[107]) Zeitschr. f. schweizer. Recht 44 S. 137.

[108]) Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 393.

[109]) Für das französische Recht: Franken, Französ. Pfandrecht S. 303 [1], auch Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France t. VII p. 245, 249, 252, und bestätigend Meyer S. 140. Für das deutsche Recht: Laband a. a. O. S. 97, Meyer S. 123 [2], 130 [16], 137, 140. Auch die Quellen, auf die Huber, Gewere S. 15 [27], unmittelbar und mittelbar hinweist, geben nur den Lösungsanspruch. Daher wäre auch der zugehörige Text bei Huber zu berichtigen.

heiten wohl verstanden wurden, die Behandlung des Marktkaufes ein unter dem Aufblühen des Markt- und Stadtverkehrs ungemein praktisches und in den Rechtsaufzeichnungen daher eine grosse Rolle spielendes Problem bildete und die Rechtsentwickelung in der Tat gerade beim Marktkauf schliesslich eine entscheidende Wendung machte. Dass man trotz dieses vollen Verständnisses, trotz der vorhandenen wirtschaftlichen Gegenantriebe (oben Text zu Anm. 61 ff. Ziffer 1) bei der Herausgabepflicht blieb und die schliessliche Wendung gerade nicht in der Richtung ihrer Beseitigung, sondern nach der Seite des Lösungsanspruches machte, spricht sehr gegen die Realität jenes Rechtsgedankens.

Dies soll ein Blick auf die Geschichte [110]) und die rechtliche Bedeutung des Marktkaufs, dieser markantesten Erscheinung in der Geschichte der deutschen Fahrnisverfolgung, deutlicher machen. Es ist dabei Gewinn zu erhoffen für die positive Beantwortung der Frage nach dem tieferen Grunde der unbeschränkten Verfolgbarkeit entwerter Fahrnis und Aufklärung auch nach der Seite des Lösungsanspruches und der „Redlichkeit".

III.

Der „Marktkauf" ist ein Spross des „Kaufs vom Unbekannten". Ja, er ist sogar nur eine Abart desselben: diejenige, bei welcher die Unverdächtigkeit des Erwerbs durch die Verhältnisse des Marktverkehrs noch besonders gerechtfertigt wird [111]). Er trägt dieses Herkunftszeichen in Gestalt der Häufung der Erfordernisse — des Abschlusses auf offenem Markt und der Unbekanntschaft des Käufers mit der Person seines Verkäufers — in den bei weitem meisten Quellen vom Anfang seines Auftretens bis in die späteste Zeit deutlich an sich. Ich verweise beispielshalber auf:

Liutpr. 79: Kauf auf dem Pferdemarkt — „comparavi de franco aut nescio de qualem hominem,

---

[110]) Ich entnehme dafür mein Quellenmaterial aus den reichhaltigen Zusammenstellungen Franken's (S. 275 ff.) und Meyer's (a. a. O.), auch Wellspacher's.

[111]) Dies hat schon London a. a. O. S. 320 ff. hervorgehoben.

Wilhelm der Eroberer in Leis Willelme 21 (ed. Liebermann S. 508/509, dazu Meyer S. 117ff.): „E s'il n'ad guarant ne haimelborch (Gewährschaftsbürgen), e il ait les testimonies, qu'il le achatad al marché le rei (auf dem Königsmarkt), e qu'il ne set sun guarant ne sun plege, vif ne mort, ...,

Freiburger Stadtrecht c. 29: „se in publico foro pro non furato vel predato ab ignoto sibi emisse",

Sachsensp. II 36 § 4: „Sprict aver jene, he hebbe't gekoft uppe deme gemenen markete, he ne wete weder wene", (hierzu die grosse Zahl von Belegen aus dem sächsischen Quellenkreise bei Laband a. a. O. S. 97 [15]),

Augsburger Stadtrecht 1276 Art. 34 § 4 (Ausg. Chr. Meyer S. 98f.): „unde swert zen heiligen, daz er daz vihe habe kauft uf friem marckte, ez si in der stat oder vor der stat, unde nimt in den eid, daz er des mannes iht erchenne der im daz vihe da gaeben hat, unde sins schubes niht gehaben muge . .",

Bouteiller, Somme rural XXXV (Ausg. Lyon 1621 S. 420): „sil est aucun qui ait acheptè aucune chose en plain marche de bonne foy, et bien ne cognoisse le vendeur . . . . diroit . . . . qu'il ne sçauroit trouver autre garand que sa bourse",

Lauterbach, Collegium Pandectarum theoretico-practicum lib. 47 tit. 2 § 6: „nisi in mercatu publico emerit, tunc enim individuum producere nequit" (Wellspacher a. a. O.),

Leyser, Meditationes ad Pandectas, Spec. 555 med. 14 (Ed. tert. VIII p. 400): „Contra si quis rem ab ignoto quidem, sed publice in foro ac aequo pretio emit, quaestioni subjici nequit" (Wellspacher),

Codex Theresianus (der älteste Entwurf eines österreichischen Zivilgesetzbuchs von 1766) Buch II Kap. 8 Nr. 58: „Doch solle der gute Glauben nicht anderst, als durch die Nambhaftmachung seines Gewährsmanns . . . . oder, da die Sache zu Marktszeiten von einem Unbekannten, der nachher nicht mehr zu erforschen wäre, erkaufet worden, durch Zeugnuss glaubwürdiger Personen, dass die Sache auf dem Markt öffentlich ausgefeilet worden,

erwiesen werden können" (ed. v. Harrasowsky Band II S. 133 f., dazu Wellspacher a. a. O. S. 643 f.).

Der Kauf vom Unbekannten wird aber schon in den älteren Volksrechten [112], in die somit auch die Wurzeln des Marktkaufs hinaufreichen, behandelt, und zwar in dem natürlichen Zusammenhange mit dem Zug auf den Gewähren. —

Der erfolgreiche Gewährenzug verschaffte dem Anefangskläger die Ermittelung des Diebes, dem Anefangsbeklagten zweierlei:

1. Die Feststellung, dass er nicht der Dieb war. Sie war mit dem Eintritt des Gewähren in den Prozess ohne weiteres gegeben. Eine sonstige Prüfung seiner Redlichkeit oder Unredlichkeit, seines Wissens oder Nichtwissens von der Furtivität der Sache war damit für den Anefangsprozess gleichfalls erübrigt [113]. Er brauchte nun keinen Reinigungseid zu schwören (oben Anm. 36). Er schied aus dem Prozess aus.

2. Entweder, wenn der Gewähre oder bei weitergehendem Schub der letzte Gewähre gegen den Kläger siegte, das Behalten der somit zu Unrecht geanefangten Sache oder, wenn der Kläger Sieger blieb, den wirtschaftlichen Ausgleich in der Zurückerlangung des für die Sache gegebenen Kaufpreises und in der Gewinnung der etwaigen sonstigen materiellen Gewährschaftsleistungen [114]. Zwar hat Zycha (S. 115 f.) [115] gewiss unrecht, wenn er auf Grund des Zwanges zur Retradition der Sache an den Gewähren behauptet: „Mittels des Gewährzuges wurde schlechterdings die Auflösung aller über eine res furtiva geschlossenen Erwerbsgeschäfte herbeigeführt" und die „Wiederherstellung des vorigen Standes", also auch die Preisrückzahlung, als „Vorbedingung" für die Durchsetzung des Rechtes des Klägers gegen den Dieb (den Gewähren) hinstellt.

---

[112]) Rothari 232, Liutpr. 79; l. Visig. VII 2, 8; l. Rib. 33 § 4; l. Baiuw. IX 7.

[113]) Die l. Visig. VII 2, 9 lässt ihn aber, wenn er der Wissenschaft um den Diebstahl überführt wird, neben dem als Dieb entlarvten Gewähren gleichfalls als Dieb büssen. Vgl. Dahn, Studien S. 258.

[114]) Vgl. dazu Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I S. 288 ff.

[115]) auch in Zeitschr. d. Sav.-Stift. 22, GA. S. 174 [1].

Diese früher schon, auch noch sehr ausführlich von London (S. 279ff.) verteidigte Meinung ist von Brunner[116]), unter Zuweisung einer Treuhänderstellung an den Gewähren für die Dauer des Prozesses, mit durchschlagenden Gründen zurückgewiesen worden. Aber die materiellen Gewährschaftsansprüche des Beklagten, insbesondere der auf Preiserstattung, standen in der Tat mehr, als man dies gewöhnlich hervorkehrt, im Vordergrund der rechtsbildenden Betrachtung. In den Vorschriften der Volksrechte über den Gewährenzug tritt regelmässig im engsten Zusammenhange mit dem „rem restituere" an den Kläger das „pretium reddere" an den Beklagten auf. Der infolge des Schubs entlarvte Missetäter erscheint nunmehr als gegenüber beiden ursprünglichen Prozessparteien, nicht bloss dem Kläger, sondern auch dem Beklagten, überführt. Lex Salica 47: „ille erit latro illius qui agnoscit et precium reddat ille (= illi) qui cum illo negociavit, et ille secundum legem componat ille (= illi) qui res suas agnoscit". In Roth. 231 heisst es, dass der „auctor, si (ancillam) vindicare non potuerit", nach Leistung des ihm hier noch eröffneten Reinigungseides, „reddat praetium tantum . . . ., et ancilla ipsa proprio domino restituatur". „Auf Island spricht dasselbe Gerichtsurteil, welches dem Kläger die eingeklagte Sache zuerkennt, die sämtlichen Gewähren schuldig, ihren Käufern den Preis zurückzugeben" (von Amira)[117]). Nach l. Rib. 33, 2 ist für den Beklagten beim Ausbleiben des vor Gericht gehörig geladenen Gewähren der aussergerichtlich vor Zeugen erfolgte Rückempfang des Preises oder eines Teiles desselben und die Vorweisung („probabiliter ostendere") des Empfangenen vor dem Kläger im Gericht sogar Voraussetzung des Loskommens vom Diebstahlsverdacht[118]). Langobardische Gerichtsformeln des Liber Papiensis zu Roth. 232 u. Otto I c. 7. bezeugen die Sitte, die Aushändigung der geanefangten Sache an den Gewährsmann zu ihrer weiteren gericht-

[116]) RG. II S. 505 u. N. 69, 70. Vgl. Rabel a. a. O. S. 172 und die weitere dort N. 1 angegebene Literatur.

[117]) Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. 2 S. 693.

[118]) Vgl. hierzu Sohm, Prozess der lex Salica S. 109 f. (der aber wohl mit Unrecht ein „ostendere auctorem" annimmt) und Brunner a. a. O. S. 504.

lichen Vertretung mit der Rückzahlung des Preises seitens des Gewährsmanns zu verbinden, weisen also auf eine Art Sicherstellung des Kaufpreises zugunsten des Beklagten hin[119]). Auch die oben (Anm. 78 und Text dazu) besprochene Stelle der lex Salica tit. 37, wonach der Bestohlene die in unmittelbarer, fristzeitiger Spurfolge bei einem Dritten gefundene Sache nur gegen Sicherstellung im Interesse der Gewährschaftsansprüche des Dritten sofort herauserhält, kann hier angezogen werden.

So wurde die Härte, die in der Festsetzung der Herausgabepflicht gegen jeden Dritten lag, durch die Fürsorge für den wirtschaftlichen Ausgleich zugunsten desjenigen Dritten, welcher einen Gegenwert für die Sache hingegeben hatte, wesentlich gemildert. Dem Bestohlenen musste seine Sache wieder werden; wenn dabei dem Dritten auch sein Gegenwert wieder zuteil wurde, so erschien dies auch vom Standpunkt wirtschaftlicher Gerechtigkeit annehmbarer. —

In beiden oben betrachteten Beziehungen stellte der Kauf vom Unbekannten, weil er den Zug auf den Gewähren ausschloss, neue Aufgaben.

Zu 1. Es entfiel hier die von selbst durch den Eintritt des Gewähren wirkende strafrechtliche Reinigung, die Befreiung von den Diebstahlsfolgen. Im Gegenteil, das Unvermögen, den Vormann nach seinem Namen oder nach seiner „casa seu postis ianuae“ (l. Rib. 33 § 4) zu kennzeichnen oder ihn innerhalb der Suchfrist so aufzufinden, dass er in den Rechtsstreit eintreten konnte, war selbst ein Verdachtsmoment. Die „excusatio ignorantie (auctoris)“ (l. Visig. VII 2, 8) hatte einen üblen Beigeschmack. Und es wäre möglich, dass deshalb noch im salischen Recht zur Zeit der lex Salica, die über den ganzen Fall schweigt, diese Art der Verteidigung nicht zugelassen wurde. Andererseits muss der Kauf „ab incognito homine“ in den Gebieten und Zeiten der oben Anm. 112 angegebenen Volksrechte bereits, als auch im rechtmässigen Verkehr möglich, Duldung verlangt haben; man denke etwa an einen Kauf von

---

[119]) Vgl. Brunner S. 505[70] und über eine verwandte Regelung im westgotischen und bayerischen Recht im Zusammenhang mit dem Kauf vom Unbekannten unten Anm. 142.

einem Auswärtigen oder gar Volksfremden (Liutpr. 79: „comparavi de franco"). Denn es wurde dort dem Beklagten ein Reinigungsbeweis als Ersatz für den ihn ohne weiteres reinigenden Eintritt des Gewähren eröffnet. Immerhin musste wegen des hier in besonderem Masse sich aufdrängenden Verdachtes, Dieb oder Diebesgenosse zu sein, die Beschränkung auf einen einfachen Reinigungseid bedenklich erscheinen. Und so verlangte das ribuarische Recht einen Eid „selbsiebent", das bajuvarische „sacramentum et testes". Das westgotische schrieb Zuziehung eines „fideiussor, cui credi potest", d. h. eines Zeugen als Gewährschaftsbürgen [120]), zum Kauf „de incognito homine" vor, liess es aber im Falle der Zuwiderhandlung dennoch bei einem Beweis „aut sacramento aut testibus" bewenden. Besonders bezeichnend ist das langobardische Recht, insofern Liutprand beim Pferdekauf den in Roth. 232 zugelassenen Eineid, das „simpliciter dicere: quod comparavi de franco aut nescio de qualem hominem", nicht [121]) mehr genügen liess, sondern, wenn der Gewähre mangelte, Reinigung nur durch Nachweis eines Kaufs „in mercato ante duos aut tres homines" (als testes) gestattete.

Wir sehen also: Durch den Kauf vom Unbekannten gewann im Anefangsprozess die Frage der Redlichkeit des Dritterwerbs, die sonst hinter dem Gewährenzug verschwand, entscheidende Bedeutung. Die Redlichkeit war Nichtwissen, dass der unbekannte Verkäufer (oder einer seiner Vormänner) die erkaufte Sache gestohlen habe (l. Visig. l. c.: „quod eum furem nescierit", l. Bai. l. c.: „si quis de fure nesciens conparavit"), also Unkenntnis der Furtivität der Sache. Ihre Bedeutung lag auf der strafrechtlichen Seite. Wir sehen weiter: Objektives Redlichkeitsmerkmal von besonderer Beweiskraft wurde hier schon im langobardischen Edikt die Tatsache des Kaufschlusses auf dem Markte. „Der Grund ist" — ich

[120]) Meyer a. a. O. S. 111, 116 ff., ebenso das oben zitierte Gesetz Wilhelm's des Eroberers.

[121]) H. Meyer S. 111 [1] entnimmt aus der Stelle das Gegenteil, weil er übersieht, dass hier „nisi", wie so besonders häufig im langobardischen Edikt, mit „sondern" zu übersetzen ist. In allen Richtungen zutreffend wird das Gesetz erklärt von Del Vecchio im Archivio giuridico 20 S. 244—248.

kann ihn nicht besser kennzeichnen, als mit den Worten Heusler's (Instit. II S. 215) — „dass der Käufer in solchem Falle nicht verpflichtet erscheint, sich die Person seines Verkäufers genau zu merken[122]), um ihn nötigenfalls als Autor stellen zu können, und dass bei Ausbietung einer Sache auf offenem Markte der Verdacht des Diebstahls nicht aufkommt". Die Umstände des Marktverkehrs waren am besten geeignet, das unter anderen Umständen gegen die „excusatio ignorantiae" lebhaft sprechende Verdachtsmoment zu zerstreuen. Wir sehen endlich: Dieses Redlichkeitsmerkmal wurde bereits von Liutprand so sehr gewertet, dass er es beim Pferdekauf vom Unbekannten[123]) zur notwendigen Voraussetzung des Reinigungsbeweises machte.

Darin liegt das Wesentliche der späteren Entwickelung schon andeutungsweise vor uns. Der Marktschluss trat mehr und mehr als hauptsächliches Ersatzmittel für den wegen Unauffindbarkeit des Verkäufers versagenden Gewährenzug beim Reinigungsbeweise des Anefangsprozesses hervor. Ja, er wurde in den meisten Rechten — nach dem Vorgang von Liutpr. 79 beim Pferdekauf — das einzige zugelassene Ersatzmittel, so z. B. im Sachsenspiegel (oben S. 38) und in den von ihm abhängigen Rechten, ebenso im Schwabenspiegel (Lassb.) c. 317, im Freiburger, Augsburger Stadtrecht (oben S. 38) und vielen anderen. Oft wurde er noch zu stärkerer Sicherstellung der Redlichkeit näher umschrieben als Abschluss auf offenem, freiem, gemeinem, gesetztem Markte, bei hellem Tag, bei scheinender Sonne[124]). Zum Teil trat neben den Beweis des Marktschlusses noch der auf das Nichtwissen der Furtivität gestellte Reinigungseid als Eineid, so dass, wie im Freiburger Stadtrecht, Kauf ab ignoto, in publico foro, pro non furato vel predato zu be-

---

122) Man denke besonders an Karawanenmärkte, Kirchweihmärkte und Jahrmärkte. Rietschel, Markt und Stadt S. 38 ff., 46 ff.

123) Nicht etwa sollten alle Pferdekäufe überhaupt nur auf dem Markt abgeschlossen werden, wie Meyer a. a. O. anzunehmen scheint. Wer seinen Gewähren hatte, der für ihn eintrat, für den war es gleichgültig, ob er auf dem Markt abgeschlossen hatte oder nicht. Er brauchte keinen besonderen Reinigungsbeweis.

124) Belege bei Meyer S. 104 ff., 108 ff.

schwören war, zum Teil bedurfte es nicht noch eines besonderen Redlichkeitseides, so dass, wie im Schwabenspiegel, der Beklagte nur zu beschwören hatte, „er habe ez gekouffet uf dem gemeinen marckte, ern wisse von wem“. Ihren bezeichnendsten Ausdruck erhielt die Bedeutung des Marktkaufes für den Anefangsprozess, indem man den Markt selbst zum Gewähren machte. „Man tucht (zieht) upten senten (= setten, gesetzten) market“, so heisst es im Lübisch-Hamburgischen Recht art. 334 (von 1270)[125]. Noch schärfer in Li Usage de Borgoigne XII: „m'en ert li marchiez garant, se mestier est“[126]), d. h. mir wird dafür der Markt Garant sein, wenn es nötig ist. — Solange die Fahrnisverfolgung und in ihrem Rahmen der Gewährenzug noch kriminelle Funktionen erfüllten, musste der Marktkauf als Ersatz des fehlenden Gewähren seine Bedeutung behalten. Noch im Usus Modernus ist diese seine Bedeutung nach Wellspacher's[127]) Nachweisen eine offensichtliche. Aber auch abgesehen davon und darüber hinaus konnte er für die selbständige, vom Zivilistischen losgelöste Strafverfolgung seine Rolle behaupten als ein vor anderen hervorragendes Anzeichen zugunsten desjenigen, der „seinen verkauffer und whermann nit anzeigen wolt“, dahin, dass er dennoch „solche gutter ungeferlicher, unstrafflicher weisse mit einem guten glauben an sich pracht hab“ (Art. 43, vgl. 38 C. C. C.).

Zu 2. Schwieriger war das privatrechtliche Problem zu lösen, das der Kauf vom Unbekannten aufgab. Wie stand es hier mit dem nach unseren obigen Ausführungen von der Rechtsordnung bewusst ins Auge gefassten wirtschaftlichen Ausgleich? Die Unauffindbarkeit des Gewähren machte es unmöglich, von ihm als dem schuldigen Zwischenmann eine gleichzeitige wirtschaftliche Heilung des von ihm gestörten Rechtszustandes nach beiden Seiten, der Seite des Klägers und der des Beklagten, zu erzwingen. Das mittelalterliche Recht[128]) entschied aber mit zähem Festhalten, ohne jedes

[125]) Hach, Das lübische Recht S. 507.

[126]) Ich zitiere nach Franken a. a. O. S. 283.

[127]) a. a. O. S. 653.

[128]) auch das altschwedische Recht nach v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I S. 565 („Klagt gegen den Käufer ein Dritter wegen un-

Wanken oder Abweichen, genau wie im Falle, wo der Gewährenzug möglich war: Dem Bestohlenen muss seine Sache werden. Dies unbeirrt auch da, wo zugunsten des Dritterwerbers das in der ignorantia auctoris liegende Verdachtsmoment durch den Reinigungsbeweis ausgeglichen war, und zwar nicht etwa bloss, wo es strafrechtlich, so dass die Diebstahlsbusse sich verbot, ausgeglichen war, sondern auch, wo, wie beim Marktkauf, alle Anforderungen, die man an die Redlichkeit des Erwerbs stellen durfte, erfüllt waren, sozusagen eine zivilistische optima fides vorlag.

Das ist der Punkt, wo dieser Satz: „Der Bestohlene muss seine Sache wieder haben" seine praktische Tragweite am stärksten bewährte. Richtig kann eine Rechtfertigung des Satzes daher nicht sein, die an diesem Punkte versagt.

Es versagt aber hier, wie oben II a. E. dargelegt ist, die Theorie von derjenigen Offenkundigkeit des dieblichen Verlustes, die nach dem Durchschnittsmass der Fälle einen Vorwurf der Fahrlässigkeit gegen Dritterwerber übrig lässt.

Es scheitert hier vollständig die Zycha'sche Theorie von dem im deutschen Recht lebenden Grundgedanken, dass der redliche, rechtmässige Erwerb als solcher Eigentum verschaffe und infolgedessen das bisherige Eigentum eines anderen zur Aufhebung bringe. Schon oben (I) war dargetan, dass dieser Gedanke bei den anvertrauten Sachen nicht passe. Was die gestohlenen Sachen anlangt, so kann Zycha selbst der Wahrnehmung, dass sie schon nach den allerältesten Quellen auch gegen redliche Dritterwerber verfolgbar sind, sich selbstverständlich nicht verschliessen. Er verlegt darum hier die Geltung jenes Grundgedankens in ein „vorhistorisches" [129]) Stadium, wo die mit der Diebstahlsklage verbundene und von dieser beherrschte Restitutionsklage nur gegen den Dieb und

---

freiwilligen Besitzverlustes und vermag Käufer nicht den Verkäufer zur Stelle zu schaffen, so verliert er die Ware an den Kläger. Der Beweis des Strassen-, Markt-, Budenkaufs rettet ihn nur vor der Diebstahlsinzicht"). Ebenso das englische Recht noch des 13. Jahrh. nach Pollock and Maitland, History of english law before the time of Edward I, 2. ed. II S. 164f., vgl. auch Heymann in der Holtzendorff-Kohler'schen Encykl. I S. 823.

[129]) a. a. O. S. 121.

den um den Diebstahl wissenden Dritterwerber gegangen sei. Die „historische" Anefangsklage mit ihrer Wirksamkeit auch gegen redliche Drittinhaber bedeute bereits ein Ablenken von dem Grundgedanken, eine „jüngere Institution", lediglich in einer „sekundären Erscheinung", einer Folge des „odium furum" beruhend, nämlich in dem Streben, durch das Mittel des Gewährenzuges „den Dieb in dem Besitz des gestohlenen Gutes als des corpus delicti zu ereilen" [130]). — Gewiss hat ein solches Streben bei der Einrichtung des Gewährenzuges entscheidend mitgespielt; das ist die allgemeine Meinung [131]). Aber, wo dieses Streben ausser Betracht blieb, wo der Gewährenzug und damit jene ganze durch das odium forum eingegebene, sekundäre Erscheinung versagte, wo der Dieb auf diesem Wege gar nicht ereilt werden konnte, musste da nicht jener Grundgedanke, wenn er Realität besass, mit sozusagen elementarer Gewalt durchbrechen, namentlich wo er durch die den Marktverkehr begünstigende Stadtrechtsentwickelung noch besonders gestützt war? Das war aber der Fall bei dem Kauf vom Unbekannten, namentlich in der Gestalt des Marktkaufs. Und dennoch auch hier keine Spur von einem Eigentumserwerb des Dritten an der gestohlenen Sache trotz optima fides!

Zwar macht Zycha in einer Anmerkung [132]) den Versuch, das odium furum auch auf den Fall des Kaufs vom Unbekannten übergreifen zu lassen, indem er behauptet, der Herausgabezwang sei hier „eine Sanktion auf die Nichterfüllung der Pflicht zur Wiederherstellung des vorigen Standes" gewesen, was ich dahin verstehe: der Beklagte habe hier gerade durch die Herausgabepflicht bestraft werden sollen für die Verhinderung des „rem in tertiam manum mittere" durch seine Unkenntnis des Auktors. Und er berührt sich darin mit London, der bereits in ausführlicher Darlegung hier eine „strafprozessualische" Erklärung dahin gegeben hat: es sollte der Kläger

---

[130]) S. 115 ff., S. 121.

[131]) z. B. Sohm, Prozess der lex Salica S. 112; London, Anefangsklage S. 183 ff.; Brunner, RG. II S. 496, 510. Das haben schon die Juristen des Usus modernus deutlich hervorgehoben, vgl. Wellspacher a. a. O. S. 653, 667 [109].

[132]) S. 116 [85].

durch die Versäumung der dem Beklagten im Strafinteresse auferlegten Verpflichtung, seinen Gewähren zu kennen und zu stellen, ausser dem Entgehen der Diebstahlsbusse wenigstens nicht noch ein „damnum emergens" in Gestalt des Verlustes der Sache erleiden [133]). Indessen, ob man einer prozessualischen Pflichtversäumnis, einer schuldhaften Parteihandlung oder -unterlassung die Folgewirkung der Begründung einer zivilrechtlichen Herausgabepflicht anstatt ihrer Bestrafung mit Busse und Wette zuschreiben darf, erscheint mir nicht unzweifelhaft. Keinesfalls passt die Erklärung zur Erscheinung des auf eine bestimmte Zahl von Schüben beschränkten Gewährenzugs [134]), wo der Gewähre, bei dem der Schub ohne seine Schuld, ohne jede Pflichtversäumnis von seiner Seite, abbrach — auch wenn er es konnte, durfte er hier ja die Sache nicht weiter schieben! — dennoch zur unmittelbaren Herausgabe an den Kläger verpflichtet war: Das Diebsermittelungsinteresse ist zurückgetreten, von einer prozessualischen Pflichtversäumnis ist keine Rede, und trotzdem muss der Bestohlene auch hier wieder seine Sache haben — ein guter Beleg für das Überwiegen der zivilistischen gegen die kriminelle Funktion der Anefangsklage! Die Herausgabepflicht des Marktkäufers aber als Folge einer Pflichtversäumnis hinzustellen, wird durch die deutliche Wertung dieser Erwerbsart als einer von jedem Vorwurf freien, durch die Vorstellung ausgeschlossen, dass der Markt den Gewähren ersetzt, dass der Markt selbst der Gewähre ist.

Zycha [135]) sieht noch in Roth. 231 (letzter Satz) und in l. Visig. XI 3, 1 „klarste Offenbarungen" des nach ihm im Grunde der Rechtsbildung ruhenden Gedankens. Aber die erste Stelle, nach welcher gegen den Inhaber einer ancilla, wenn er Kauf von einem inzwischen erbenlos Verstorbenen, „cuius res ad curtem regis ceciderunt", zu beschwören vermag, „nulla sit repetitio", wird erst durch Roth. 223: „quia postquam ad manum regis pervenit, terminum posuit et sine debitum aut aliquam repetitionem cecidit" richtig erklärt. Die curtis regia war

[133]) Anefangsklage S. 316 ff., besonders S. 317, 329, 331.

[134]) Darüber Brunner, RG. II S. 502 f.

[135]) S. 122 [89]. Über die in Note 90 durchaus mit Unrecht verwendeten Stellen, wo der sogen. Lösungsanspruch einspielt, unten S. 50 u. Anm. 142.

gegen die Anefangsklage gefeit; sie war also für den mit der Anefangsklage Angesprochenen der beste Gewähre, den er haben konnte. Bezog er sich rechtmässig auf diesen Gewähren, so konnte der Kläger diesem gegenüber den Anspruch weder kriminell noch zivilistisch aufrecht halten und unterlag. Das war der Grund, weswegen der Beklagte die ancilla behielt, nicht aber, wie Zycha meint, seine Redlichkeit, um deren willen er hätte vor dem Versagen des gegen die curtis regia undurchführbaren Preisersatzanspruches geschützt werden sollen. Er braucht ja auch keinen Unschuldseid dahin, dass er nicht Diebsgenosse sei, zu leisten. Die zweite, berühmte, viel behandelte[136]), westgotische Stelle von dem an „provinciales nostri" (sc. regis) verkaufenden „transmarinus negotiator" schützt allerdings die Redlichkeit im Zycha'schen Sinne, nämlich nicht bloss vor der Diebstahlsbusse, sondern auch, wie Dahn überzeugend nachgewiesen hat, gegen die Sachverfolgung. Aber hier handelt es sich um vom Ausland ins Inland transportierte Waren; die Vorschrift gibt sich deutlich als ein Stück Fremdlingsrecht[137]). Der bestohlene Ausländer soll vor dem redlichen Inländer weichen. Darum kann man auch nicht diesen isoliert stehenden Satz — auch darin stimme ich Dahn durchaus bei — als Beleg für das Walten eines germanischen Rechtsgedankens verwenden, weder im Zycha'schen Sinne der Eigentumserlangung durch redlichen Erwerb noch auch, wie Meyer will, im Huber'schen Sinne der Unwirksamkeit des hier der Publizität ermangelnden vitium gegen Dritte[138]). —

[136]) Besonders Dahn, Westgotische Studien S. 93 ff., Zeitschr. f. Handelsr. 16 S. 404 ff.; Bausteine II S. 323 ff.; Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 262[8] und Universalgeschichte S. 111[51], 300[4]; Brunner, RG. II S. 507; H. Meyer, Entwerung S. 141 ff., 259 ff.

[137]) So auch Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 262[8], der aber darin ausserdem eine Äusserung eines altgermanischen Prinzips erblickt, dass nämlich der Vindikant dem sich auf seinen Gewähren ziehenden Beklagten nicht über See zu folgen brauche — dies, was Meyer S. 143 hervorhebt, gewiss mit Unrecht, da letzteres Prinzip ja gerade zugunsten des Vindikanten wirkt.

[138]) Auch bei den lübischen Bestimmungen über das über See und Sand gebrachte Gut (darüber Meyer S. 142—147) handelt es sich um Fremdlingsrecht. Besonders bezeichnend ist, dass hier für Importen aus dem be-

Wir haben festgestellt, dass im deutschen und französischen Recht des Mittelalters auch gegenüber dem Käufer vom Unbekannten und dem Marktkäufer ausnahmslos[139]) der Satz festgehalten ist: Der Beklagte muss die Sache herausgeben. Er muss es tun, obwohl er den wirtschaftlichen Ausgleich, den er sonst von dem Gewähren bekommt, hier wegen des Fehlens eines solchen entbehren muss. Denn der Markt kann ihm natürlich nur für den Reinigungsbeweis, dadurch, dass er seinen Erwerb zu einem vorwurfsfreien, redlichen und daher straflosen macht, den Gewähren ersetzen. In jener anderen Richtung bleibt dagegen ein empfindliches Vakat.

Dass dies von Anfang an im Rechtsbewusstsein empfunden wurde, dürfen wir nach unseren früheren Ausführungen (oben S. 39 ff. unter 2) erwarten. „Tunc post praestitum sacramentum reddat caballum, et sit sibi contemtus", heisst es in Roth. 232. Ich weise auf den Schluss in l. Visig. VII 2, 8: Wenn der Bestohlene selbst, der nach diesem Gesetz auch seinerseits den Dieb zu suchen pflichtig ist, das Vakat dadurch verschuldet hat, dass er „furem noverit, et eum publicare noluerit", so soll er trotz des an sich begründeten Anefangs die Sache schliesslich doch an den Beklagten verlieren. Häufig, wie z. B. im Ssp. II 36 § 4, wird ausdrücklich hervorgehoben, dass der Marktkäufer die Pfennige verliert, die er um das Gut gab. „Geld und Gut aber muss er zugleich entbehren", sagen die Lübecker Statuten von 1586 (IV 1, 9). Der Richtsteig Landrechts 13 § 5 formuliert sogar eine besondere Frage an die Schöffen: „oft he (der Kläger) jenen (Bekl.) um dat gelt, dar het umme kofte, icht tu rechte antwerden dorve" und lässt die Schöffen darauf das Urteil finden: „he ne dorve"[140]).

Aus diesem Milieu heraus ist der sogenannte Lösungsanspruch erwachsen. Im angelsächsischen Recht taucht er in einem vereinzelten, lokalen Rechtssatz schon sehr frühe (7. Jahrh.)

---

nachbarten Binnenland die Bedingungen für den Bestohlenen günstiger gesetzt sind: er verschweigt sich erst binnen Jahr und Tag. Das ist ein deutschrechtlicher, auf der Publizitätswirkung der Gewere beruhender Gedanke. Vgl. oben Anm. 100 u. 104.

[139]) Vgl. oben Anm. 109 u. 128.

[140]) worauf London a. a. O. S. 338 hingewiesen hat.

auf: zugunsten eines offenkundigen, unverhohlenen Kaufs in der Stadt London; wenn der Käufer seinen Gewähren nicht kennt, nur in diesem Falle, soll er hier vom Anefangskläger den Ersatz des Preises verlangen können[141]). In Deutschland zeigt sich der Lösungsanspruch erst vom 13. Jahrhundert an[142]), aber vor der Rezeption nur in sehr wenigen, freilich räumlich weit voneinander entfernten Quellen[143]), immer nur, was auch Meyer betont, beim Marktkauf. In Frankreich arbeitet sich der Lösungsanspruch noch im Mittelalter zur überwiegenden Rechtsgestaltung heraus, auch hier in unverkennbarem Anschluss an den Marktkauf als Kauf vom Unbekannten. Man vergleiche z. B.

Coutumes de Montpellier v. 1204 ch. 20 (Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge I Anhang S. 53): „Si quis . . . rem . . . publice venalem bona fide putans esse illius qui vendit, emerit, ... facto sacramento ab emptore quod nescisset furatam vel alienam esse, et non possit venditorem exhibere, dominus rei restituit emptori solum hoc quod in ea emptor dedit, et rem suam recuperat" (dazu Meyer S. 135) und

Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis XXV 22: „. . . se cil qui a le coze l'aceta en marcié commun, comme cil qui creoit que li venderes eust pooir du vendre et ne connoist le vendor, ou il est en tel liu qu'il ne le pot avoir à garant: en tel cas, cil qui porsuit se coze . . . ne le r'aura

---

141) Hlothar und Eadric 16 (ed. Liebermann S. 11), dazu: Brunner, RG. II S. 507[32]; Meyer S. 127 f.

142) In l. Visig. VII 2, 8 und der daraus verkürzt entnommenen l. Baiu. IX 7 ist die Herausgabe der Sache an den Kläger gegen Empfang des halben Kaufpreises nur vorläufige Prozessmassregel für die Zeit der beiderseitigen Suche nach dem Dieb. Das hat Meyer S. 258 f. dargetan. Ich weise zur Bestätigung noch auf das „ex integritate reformet" und das „ex toto amittat" in der westgotischen Stelle hin und auf die Ähnlichkeit mit der langobardischen Sitte der Preisrückzahlung im voraus zur Sicherung des Beklagten gegen seinen Gewährsmann (oben Anm. 119). — In l. Burgund. constit. extrav. XXI 9, ed. von Salis S. 121 (ed. Bluhme 107, 8 S. 576) handelt es sich um ein transitorisches Ausnahmegesetz in Kriegszeiten über einen Kauf vom feindlichen Volksfremden.

143) Vgl. die Zusammenstellung bei Meyer S. 128—131.

pas, s'il ne rent ce que li aceteres en paia; car puisqu'il l'aceta sans fraude et en marcié, il ne doit pas recevoir le perte de son argent por autrui meffet".

Auch wo vom Marktkäufer verlangt wird, dass er „ait usé et acostumé à acheter tiex choses", bekommt er sein Geld vom Kläger doch nur ersetzt, wenn er die bisherige Unerreichbarkeit seines Garanten beschwört und, dass er ihn, wenn er ihn künftig treffe, vor Gericht bringen werde (Établissements de St. Louis II 18, ähnlich Livre des droiz 109, 324)[144]. Freilich sind in späteren französischen Quellen die Voraussetzungen teilweise gemildert, indem z. B. dem Markterwerb anderer öffentlicher Erwerb gleichgestellt ist oder das Fehlen des Gewähren nicht ausdrücklich als Vorbedingung des Preisersatzanspruches gesetzt ist[145].

Wie man nun den Lösungsanspruch historisch und juristisch aufzufassen hat, kann nach allem früher Gesagten nicht zweifelhaft sein.

Er hat sich im germanischen Recht ohne fremdrechtlichen Einfluss als Ausläufer des Kaufs vom Unbekannten entwickelt. Er füllt eine Lücke aus, die hier durch den Ausfall des Gewähren entstanden ist, und zwar die eine der beiden Lücken, die auf privatrechtlichem Gebiete entstandene. Er soll dem Anefangsbeklagten den wirtschaftlichen Ausgleich für die Entziehung der Sache bieten, den im Normalfall der Gewähre hätte leisten müssen. Er ist also Ersatz für den nicht realisierbaren Gewährschaftsanspruch des Beklagten gegen seinen Verkäufer, gerichtet auf das Minimum der Gewährschaftsleistung, nämlich nur auf den Ersatz des gezahlten Kaufpreises, nicht auch auf Interesse oder poena dupli (vgl. oben Cout. de Montpellier l. c.: „solum hoc quod in ea emptor dedit"). Er wahrt auch in der Art seiner Befriedigung den von der Rechtsordnung seit Alters im Auge behaltenen Zusammenhang mit dem Anspruch des Anefangsklägers auf Herausgabe der Sache, er geht deshalb auf Leistung Zug um Zug gegen den Empfang der Sache.

Er setzt an die Stelle des fehlenden Gewähren den Kläger

[144]) Erstere Stelle éd. Viollet II S. 394 f., letztere nach Franken S. 280 f.

[145]) Vgl. die von Meyer S. 134 ff. zitierten Quellenstellen.

als Gewährschaftsverpflichteten. Das ist ein enormer Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers. Nur die stärksten Antriebe haben diesen Eingriff durchzusetzen vermocht. Das Gros der deutschen Rechte hat ihnen andauernd widerstanden. Die Antriebe lagen im Marktkauf und in den Marktverhältnissen. Sie erzeugten eine doppelte Wirkung.

Einmal schuf der Marktkauf den Typus des redlichen Erwerbs. Er schuf ihn zunächst und schon sehr frühe und durchgehends in allen germanischen Rechten für das strafrechtliche Gebiet, für die Befreiung von der Diebstahlsbusse. Er füllte damit die andere der beiden Lücken aus, die beim Kauf vom Unbekannten durch den Ausfall des Gewähren entstanden. Der Marktkäufer söll um seiner typischen Redlichkeit willen nicht schlechter stehen, als derjenige, welcher seinen Gewähren hat, — das war der entscheidende Gedanke. Er wurde allmählich so mächtig, dass er auch auf privatrechtlichem Gebiete empfunden wurde und nach Verwirklichung drängte. „Puisqu'il l'aceta sans fraude et en marcié, il ne doit pas recevoir le perte de son argent por autrui meffet" (vgl. oben), so wird im klassischen Lande des Lösungsanspruchs von Beaumanoir der Preisersatz gerechtfertigt. Der Marktkauf hat schon vor dem römischen Recht den redlichen Erwerb in die zivilistische Ordnung der Fahrnisverfolgung eingeführt[146]).

Zweitens erwuchs aus den Marktverhältnissen die Idee des Verkehrsschutzes im Markt- und Handelsinteresse. „Cil avoue bon garant", sagt Beaumanoir an anderer Stelle (XXXIV 47, dazu Franken S. 281 nr. 14), „. . . s'il l'aceta en plain marcié commun . . .; car por ce sont li marcié establi, c'on y puist vendre et aceter communement". Und § 40 der Handfeste für Leobschütz von 1270 leitet die Bestimmung über

[146]) Hierin stimme ich mit Franken S. 302 ff. durchaus überein. Der Marktschluss war ein objektives, typisches Redlichkeitsmerkmal, an ihn konnten später andere Typen der Redlichkeit sich ansetzen und schliesslich die römische, subjektive bona fides des Einzelfalles (S. 306 ff.). Die Ausführungen Meyer's (S. 140, 293 ff.) hiergegen sind wegen der falschen Verwendung des Öffentlichkeitsmomentes (vgl. oben den Text) verfehlt.

den Lösungsanspruch[147]) mit den Worten ein: „Item, in die forensi tanta est libertas fori publici".

Der grundlegende Gedanke[148]) ist also: Im Interesse des Verkehrsschutzes soll der eines erreichbaren Gewähren darbende Dritte dem Dritten, der seinen Gewähren hat, wirtschaftlich gleichgestellt werden. Rechtfertigungsgrund ist die Redlichkeit des Erwerbs. Mittel, dieses Ergebnis herbeizuführen, ist der subsidiäre Eintritt des die Sache Zurückfordernden in die materielle Gewährschaftspflicht. Das Rückforderungsrecht selbst wird dadurch nur insofern berührt, als seine Verwirklichung durch die Erfüllung der Gewährschaftspflicht bedingt wird (Leistung Zug um Zug); insofern wird es zu einem Recht auf Einlösung, statt auf bedingungslose Herausgabe.

Diese Erklärung nähert sich am meisten der von London[149]) gegebenen, deren strafprozessualischer Ausgangspunkt aber nach der obigen Darlegung (Text zu Anm. 133) ein unrichtiger ist. Sie setzt sich in Gegensatz zu den übrigen, bisher in der Literatur vertretenen Ansichten.

Nach Franken[150]) gibt der ehrliche Aufwand für die Sache dem Beklagten einen konstitutiven Titel für den Erwerb der Sache. Aber das Angebot der Erstattung dieses Aufwandes seitens des Klägers räume diesen Titel aus; denn seine Ablehnung würde die bona fides des Beklagten beseitigen. — In Wirklichkeit erwirbt der Beklagte aber Eigentum an der Sache nicht, und würde er es konstitutiv erwerben, so wäre nicht einzusehen, warum er es nicht gegen den Kläger soll voll zur Geltung bringen können. Mit Recht hat London[151]) in jener Aufstellung einen Zirkelschluss gefunden[152]).

Zycha[153]) geht von seinem Grundgedanken aus, dass nach

[147]) Tzschoppe und Stenzel, Urkundensammlung zur Geschichte des Ursprungs der Städte . . . in Schlesien und der Ober-Lausitz (1832) S. 379. Dazu Meyer S. 129 f.

[148]) Ich ziehe aber dabei nur die mittelalterliche Gestaltung des Lösungsanspruches in Betracht.

[149]) Anefangsklage S. 336 ff.

[150]) Pfandrecht S. 296 ff., 302 ff.

[151]) S. 340.

[152]) Vgl. gegen Franken auch Meyer, Entwerung S. 124 f.

[153]) S. 121 f.

germanischem Recht jüngerer redlicher Erwerb Eigentum verschaffe und das bisherige Eigentum aufhebe. Wo dieser Gedanke wegen des odium furum ausser Anwendung bleibe, gebe es doch für den redlichen Erwerber „Schutz des Entgelts". In diesem Sinne wirke der Gewährenzug. Fehle ein Gewähre und sei der Erwerber doch redlich, so müsste, da ja hier das odium furum nicht durchgreife, der Grundgedanke wieder zur Anwendung kommen. Das wäre das richtige. Er „offenbare sich" hier aber nur in einem Minus in Gestalt wenigstens der „Aufhebung des Schadens des Sachverlustes", in Gestalt einer „Halbheit" (S. 148). — Jener Grundgedanke ist oben eingehend widerlegt worden; damit fällt das Weitere.

H. Meyer[154]) lässt auch hier den Publizitätsgedanken einspielen. Die Öffentlichkeit des Erwerbs des Beklagten sei das Entscheidende, insbesondere der Marktkauf sei öffentlicher Kauf. „Bei öffentlichem Kaufe werde die vermögensrechtliche Leistung für die Sache kundbar und somit (!) rechtlich geschützt" (S. 124), und zwar in der Weise, dass „dem vitium der Furtivität und dem daraus entspringenden Anspruch auf Wiederherstellung der früheren Gewere die Publizität des Erwerbes und der daraus entspringende Gegenanspruch auf Ersatz des Kaufpreises entgegentrete" (S. 140). „Der Rechtsgrund des Lösungsanspruches sei zweifellos die Kundbarkeit des Erwerbes". „Der Beweis der Unverdächtigkeit des Erwerbs sei allerdings unumgänglich erforderlich, wenn der Erwerber durch den Erwerb Rechte erhalten wolle; sie sei aber nicht Rechtsgrund, sondern Voraussetzung, da der Erwerb, wenn die Reinigung vom Verdachte nicht erfolge, als deliktmässig gelte und durch deliktmässige Handlungen Rechte nicht erworben werden könnten" (S. 295).

Gegen diese Verwendung des Publizitätsgedankens muss ich mich auf das Entschiedenste erklären.

„Forum, mercatum publicum" wird mit „offenem, freiem, gemeinem, gesetztem Markt, marché le rei, marchié commun,

---

[154]) S. 123 ff., 127, 129, 140, 294 ff. Den Anstoss gab wohl die Bemerkung Huber's in Gewere S. 15 [27] (vgl. darüber oben Anm. 109). Vgl. auch Wellspacher a. a. O. S. 636 [14].

plaine foire, loial marchiez" durchaus identisch gebraucht. Es ist der ordentliche, recht- und gesetzmässige, mit Marktfrieden unter Königsbann ausgestattete [155]) Markt. Auf eine Publizitätsfunktion des Marktes im obigen Sinne deutet der Ausdruck gewiss nicht hin. Der Markt würde sie auch am allerwenigsten erfüllen können. Der einzelne Kauf soll durch den Abschluss auf dem Markt kundbar werden? Im Gegenteil, er verschwindet dort geradezu unter der Masse der abgeschlossenen gleichartigen Geschäfte. Und sogar speziell auf die Preiszahlung (nicht auf die Sachübertragung) soll die Kundbarkeit gerichtet sein? Und diese Art von Kundbarkeit soll der tiefste Grund sein für jenen enormen Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers, wie ihn der Lösungsanspruch bedeutet? Das ist nicht glaublich.

Meyer wertet nicht genug den Zusammenhang mit dem Kauf vom Unbekannten. Der Marktschluss ist der Adelsbrief für den letzteren. Er tilgt den Makel der Verdächtigkeit dieser Art des Kaufs und prägt ihm den Stempel der Redlichkeit auf. Das ist oben (S. 42 ff.) unter Heranziehung der treffenden Worte Heusler's dargetan. Dabei spielt auch die Öffentlichkeit des Vorgangs eine Rolle, aber nicht im Meyerschen Sinne, sondern als ein Zeichen (unter anderen) der Unverdächtigkeit, Redlichkeit des Kaufs im Gegensatz zum verdächtigen, heimlichen Tun. Ich kann mich hierin nur den Ausführungen Franken's (S. 306) anschliessen und halte die Polemik Meyer's (S. 295) dagegen für verfehlt.

Als ein solches Redlichkeitsmerkmal wirkt der Marktschluss in Deutschland und Frankreich jahrhundertelang zugunsten der Straflosigkeit des Marktkäufers. Das muss im Grunde auch Meyer zugestehen. Und nun mit einem Male, als der Marktschluss auch privatrechtlich, in der Richtung des „Lösungsanspruches", zu wirken beginnt, soll hier diese Wirkung eine gänzlich andere sein, nicht mehr eine Wirkung der Redlichkeit des Kaufs, sondern seiner Kundbarkeit?

Endlich betrachte man das Wesen dieser angeblichen Publizitätswirkung des Marktkaufs. Gegen wen richtet sie

[155]) Rietschel, Markt und Stadt S. 199 ff.

sich? Gegen den Bestohlenen, Entwerten. Er soll ja **dadurch** mit dem Zwang zur Einlösung belastet werden. Für ihn, den Abwesenden, der später seine Sache unter dem Käufer findet, ist jener Marktschluss gewiss nicht erkennbar gewesen. Nur im Zusammenhang mit der Verschweigung[156]) könnte ich mir überhaupt eine solche rechtsmindernde Publizitätswirkung vorstellen. Von einer Verschweigung ist hier aber keine Rede.

IV.

Ich fasse das Ergebnis der obigen Erörterungen unter II und III dahin zusammen: Die Verfolgbarkeit der abhanden gekommenen Sachen gegen Dritte kann nicht aus dem Publizitätsgedanken hergeleitet werden, sondern steht im Gegensatz zu ihm — es gibt hier trotz des Fehlens des mit der Gewere verloren gegangenen und anderweitig nicht ersetzten Publizitätsmittels dennoch eine Klage gegen jeden Dritten!

Wie ist dies zu erklären? Welches war der gegenwirkende Gedanke von solcher Macht, dass er für die Fälle des Abhandenkommens die Wirkung des Publizitätsgedankens auszuschliessen vermochte?

Die Erklärung darf nicht allein im kriminellen und im prozessualischen Bereich gesucht werden. Dass dorther entnommene Momente für die Einrichtung des **Gewährenzuges** bestimmend waren, haben wir oben (S. 46) betont. Durch den Zug von dem einen Gewähren zum anderen sollte der Dieb ermittelt, durch das Hinaufschieben der gestohlenen Sache durch die Reihe der Gewähren sollte er im Wege der leiblichen Beweisung[157]) überführt, durch beides sollte zugleich die Rechtmässigkeit der Klage, d. h. die Wahrheit der Behauptung des Klägers, dass er seiner Gewere dieblich oder räuberisch entsetzt worden, dargetan werden[158]). Aber, nachdem die **Sache** diese Mission erfüllt hatte und das Verbrechen strafrechtlich geahndet war, warum kehrte sie dann nicht zu dem Dritten

---

[156]) Vgl. oben Anm. 100, 104, 138.

[157]) Vgl. besonders London S. 121 f., 187, 204 ff. So kam man zu demselben Endergebnis, wie beim Verfahren auf handhafter Tat (oben S. 23).

[158]) Vgl. Heusler, Gewere S. 491.

zurück, der sie rechtmässig erworben hatte? Warum erhielt sie nunmehr der Kläger? Das musste seinen besonderen Grund haben. Noch viel deutlicher weisen auf einen solchen diejenigen Fälle hin, in denen ohne vermittelnden Gewährenzug der Dritte, bei dem die Sache gefunden wurde, sie direkt an den Bestohlenen herauszugeben pflichtig war. Das war schon nach tit. 37 der lex Salica bei Auffinden der Sache in ununterbrochener, fristzeitiger Spurfolge (oben S. 24 ff.) der Fall. Es war ferner der Fall beim Kauf vom Unbekannten und seinem Ableger, dem Marktkauf. Es traf drittens nach denjenigen Rechten, die den Gewährenzug beschränkten, dann zu, wenn der Schub bei einem rechtmässigen Dritterwerber, also ohne auf den Dieb gestossen zu sein, sein Ende erreicht hatte (oben Anm. 134). Hier war überall die Herausgabepflicht losgelöst von der kriminellen Verfolgung des Diebstahls; das Verfahren hatte das eine Ziel, die Missetat an dem Täter zu sühnen, verfehlt und kehrte nur noch das andere Ziel heraus, dem Bestohlenen wieder zu seiner Sache zu verhelfen, — ein Beweis, dass dieses letztere, wenn nicht das primäre oder das hauptsächliche, so doch das in allen Fällen bleibende, immanente war.

Die Herausgabepflicht des Dritten muss also noch ihre besondere zivilrechtliche Ursache gehabt haben. Darin hat Huber[159]) vollkommen Recht. Diese Ursache ist aber nicht auf seiten des Erwerbers zu finden, in einer gegen ihn sprechenden Diebstahls-, Hehlerei- oder Unredlichkeitspräsumtion — Franken[160]), London[161]) — oder einer typischen, d. h. im Regelfall vorliegenden, Fahrlässigkeit auf seiner Seite (Huber). Derartiges würde immer wieder auf eine Erkennbarkeit, Offenkundigkeit des vitium rei furtivae im Sinne Huber's und Meyer's zurückführen. Die Ursache ist daher auf der anderen Seite, beim Bestohlenen, zu suchen, freilich nicht in einer Wirkung seines dinglichen Rechts, insbesondere etwa seines

---

[159]) Gewere S. 16, vgl. oben S. 18.

[160]) Französ. Pfandrecht I S. 299 ff.

[161]) S. 75, 100. Auch Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France VII S. 237 f., nimmt für die fränkische Zeit eine Diebstahlspräsumtion an, die aber später gefallen sei. Gegen die London'sche Unredlichkeitspräsumtion auch v. Amira, Recht[2] S. 130 N. 1.

Eigentums. Dass dieses nicht der Klagegrund der Anefangsklage gegen den Dritterwerber war, kann seit Laband's[162]) überzeugenden Darlegungen m. E. nicht mehr angezweifelt werden. Klagegrund war vielmehr die Tatsache des dieblichen Verlustes der Gewere, des Gewerebruchs.

Der Gewerebruch ist aber Bruch des Rechtsfriedens und soll als solcher nicht bloss an dem Friedebrecher kriminell gesühnt, sondern auch privatrechtlich geheilt werden. Die privatrechtliche Reaktion gegen den Friedebruch zugunsten des Verletzten war im deutschen Recht von besonderer Stärke. Das tritt z. B. in dem ältesten deutschen Landfriedensgesetz, dem Pactus pro tenore pacis der Könige Chlothar I und Childebert I zwischen 511 und 558[163]), darin hervor, dass die centena, in deren Bereich der Diebstahl verübt war, zuallernächst dem Bestohlenen den Wert der Sache ersetzen und dann die Verfolgung des Verbrechers aufnehmen sollte, um ihn der Strafe zuzuführen und sich an ihm schadlos zu halten. „Si furtus factus fuerit, capitale de praesente centena restituat, et causa centenarius cum centena requirat", sagt auch die ähnliche Vorschrift des c. 11 der für Austrasien erlassenen decretio Childeberti II von 596[164]). War vielleicht auch von den Gesetzgebern diese Gesamthaftung als ein Ansporn zu eifriger Verfolgung gedacht, so muss sie doch ohnedies — das darf man wohl annehmen — der Volksüberzeugung nahe gelegen haben[165]). Ähnliche Gesamthaftungen für Diebstahlsschaden, jedoch auf genossenschaftlicher Grundlage, begegnen uns in den angelsächsischen, besonders den Londoner, Friedensgilden[165a]).

---

[162]) a. a. O. S. 108 ff. Vgl. besonders auch H. Meyer, Entwerung S. 14 ff., ferner Brunner, RG. II S. 509, Gierke, Fahrnisbesitz S. 71 und Encykl. I S. 520, auch Jobbé-Duval in Nouv. rev. h. de droit 4 S. 475. Ebenso Heusler in Gewere S. 491 ff., 502, aber in Instit. II S. 210[2] doch nicht mit vollem Anschluss an Laband.

[163]) M. G. Leges Sectio II Capitularia I p. 3 sqq. ed. Boretius, besonders c. 9.

[164]) ebenda p. 17.

[165]) Vgl. hierzu Brunner a. a. O. S. 147[37].

[165a]) Judicia civitatis Lundoniae (930—940) c. 2 und 6 (Liebermann, Ges. der Angelsachsen I S. 174 ff.), dazu Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 229 f.; Hegel, Städte und Gilden I S. 24 ff.

Die beste privatrechtliche Heilung des Friedensbruches war es aber, die gebrochene Gewere wiederherzustellen, dem Bestohlenen, Beraubten, wenn die tatsächliche Möglichkeit durch Entdeckung der Sache und Identitätsfeststellung sich eröffnete, unter allen Umständen wieder zu seiner Sache zu verhelfen. Ich möchte beispielshalber auf eine vom rheinischen Bunde zu Würzburg am 15. August 1256 beschlossene Landfriedenseinung[166]) hinweisen. Dort wird die Notwendigkeit, dem Beraubten sein Gut „gratis, sine aliqua peccunia" zurückzuhändigen, in erste Linie gestellt und besonders auch gerade für den dritten Käufer, der „illam predam emerit inscienter credens se iusta bona comparasse", also für den schuldlosen, redlichen Dritten betont. Er ist die Herausgabe dem Landfrieden schuldig. Es ist die kräftige Reaktion gegen den Friedebruch, welche im deutschen Recht dem Entwerten einen Herausgabeanspruch gegen jeden Dritten, ganz gleichgültig, ob er redlich oder unredlich ist, verschafft. Und wir möchten deshalb wohl auch in c. 38 des Berner Stadtrechts des 13. Jahrhunderts[167]):

> „Quicumque burgensis rapinam scienter seu nescienter emerit, cum ille cui ablata fuerit venerit, et testibus probaverit res illas sibi injuste fore ablatas, tenetur ei reddere absque omni dampno. Et hoc ideo statutum est, ne per unius delictum Civitas patiatur infamiam et detrimentum"

die am Schluss gegebene Begründung nicht mit Huber[168]) auf eine doktrinäre Neigung des Redaktors zurückführen, sondern als Ausdruck eines im Volke wirklich empfundenen Zusammenhangs betrachten. Damit steht im Einklang, dass unser Satz von derjenigen Art der Entwerung ausgegangen ist, bei welcher

---

[166]) Ed. Weiland in Mon. Germ. Legum Sectio IV T. II (Quartausg.) nr. 428 c. 2 p. 589, auch bei Keutgen, Urkunden nr. 124 S. 88, dazu Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 501 ff.

[167]) Ausg. Welti (1902) in Rechtsquellen des Kantons Bern I 1 S. 16, vgl. auch Kommentar von Zeerleder dazu in der Festschrift zur VII. Säkularfeier der Gründung Berns (1891) S. 70.

[168]) Zeitschrift des Berner Juristenvereins 10 S. 101 nach dem Zitat von Zeerleder a. a. O. N. 5.

der Bruch des Rechtsfriedens am sinnfälligsten hervortritt (vgl. auch Liutpr. 131: „ruptura casae"), nämlich dem Diebstahl und Raub, und dass er in vielen Rechten noch bis in die spätere Zeit [169]) darauf beschränkt geblieben ist. Mit welcher Schärfe wird dies z. B. noch im c. 58 des Freiburger Stadtrodels (Mitte des 13. Jahrh.) [170]) ausgesprochen: „Nemo rem sibi quoquo modo sublatam repetere vel sibi vendicare audeat, nisi juramento probaverit, eam sibi furto vel preda fuisse sublatam!" Nur, wo flagranter Friedensbruch vorliegt, soll der Drittbesitzer dem Verletzten weichen müssen! Wo aber dann andere Fälle des Gewerebruchs unter den Anefang mit einbezogen werden, wird dies gelegentlich, wie z. B. im Rechtsbuch nach Distinktionen IV 42 d. 4 bezüglich der abgetragenen Sachen (oben S. 16 u. S. 33), durch die Gleichstellung mit Diebstahl oder Raub gerechtfertigt: „czu deme gute mag sich dy fruwe adder der herre zcin selbderte, glicherwis al ab is on vorstoln wer adder ab is geroubet wer" [171]). Auch verlorene Sachen erscheinen wohl unter dem Gesichtspunkt anefangbar, dass das Verschweigen des Fundes einem Diebstahl ähnlich behandelt wird [172]). Schliesslich bildet sich durch den Hinzutritt dieser und anderer Fälle zu der andauernd an erste Stelle gesetzten Entwerung durch Friedebruch, unter allmählicher Herauskehrung eines kontradiktorischen Gegensatzes zum Hand-wahre-Hand-Gedanken, der Oberbegriff des unfreiwilligen Gewereverlustes heraus, und es wird im ganzen Bereich dieses Begriffes die abhanden gekommene Sache gegen alle Dritterwerber verfolgbar.

Der Drang, die Wirkungen des Friedebruchs auszulöschen, den privatrechtlichen Zustand wiederherzustellen, wie er vorher bei ungebrochenem Rechtsfrieden bestand [173]), hat also für den

---

[169]) Vgl. die eingehenden Nachweise bei Meyer S. 42 ff.

[170]) Gaupp, Stadtrechte II S. 36.

[171]) Dazu Meyer S. 59.

[172]) Meyer S. 49, 155 ff.; Glasson a. a. O. S. 234, 238.

[173]) Ähnlich Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 17 und Gewere S. 492, der daraus auch mit Recht den exekutorischen Charakter des Spurfolgeverfahrens (oben S. 24 ff.) und den halbexekutorischen des Anefangsverfahrens herleitet.

Verletzten einen Herausgabeanspruch geschaffen und dadurch mittelbar seinem dinglichen Recht, wenn er ein solches hatte, in den fraglichen Fällen trotz mangelnder Publizität Wirksamkeit gegen alle Drittinhaber verliehen. Dass damit in die Rechtssphäre des Dritten eingegriffen wurde, kam wohl zum Bewusstsein. Ich möchte in den hie und da auftretenden Verboten, gestohlene Sachen zu kaufen, — ich weise z. B. auf l. Baiuw. IX 13 und auf die oben (Anm. 166) zitierte Landfriedenseinung von 1256 hin — Versuche erblicken, die Herausgabepflicht des Käufers von seiner Person aus äusserlich zu rechtfertigen, namentlich in bezug auf den Fall seiner Unbekanntschaft mit der Furtivität des gekauften Gegenstandes. Denn von einer sonstigen materiellen Wirkung des Verbots, etwa einer Ungültigkeit des Kaufs, war natürlich keine Rede. Im Gegenteil, der aus dem Kauf entspringende Gewährschaftsanspruch des Käufers gegen seinen Verkäufer stand, wie wir oben S. 39 ff. erörtert haben, als Mittel wirtschaftlichen Ausgleichs für die durch jenen Eingriff dem Dritten widerfahrene Einbusse mit im Vordergrund der Betrachtung. Das, was Huber[174]) in bezug auf den Erwerber einer an fremdem Orte entwendeten Sache zur Rechtfertigung seiner — ja hier aus der Publizität des vitium unmöglich abzuleitenden — Herausgabepflicht anführt, dass „er die Partei war, die einem anderen den Glauben geschenkt hatte, und nicht der Kläger (der Bestohlene)", und dass er deshalb dem letzteren habe weichen müssen, möchte ich von allen redlichen Käufern entwendeter Sachen gelten lassen. Der Hinweis auf den „bei dem Verkäufer gelassenen und bei ihm wieder zu suchenden Glauben" mildert die Härte der vom Standpunkt des in seinem Rechtsfrieden Gekränkten unabweisbaren Herausgabepflicht — eine Art Gegenstück zu dem Satze: „Hand wahre Hand" [175]). Wo aber diese Milderung nicht gilt, der Dritte gerechtfertigterweise, weil er seinen Verkäufer nicht kennt, den Glauben dort, wo er ihn ge-

---

[174]) Gewere S. 14, vgl. oben S. 18.

[175]) Diesen Gedanken hat in ebenderselben Fassung schon Cosack in Bekker's und Fischer's Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs, Heft 13 S. 49, ausgesprochen und de lege ferenda für seine treffliche Kritik des Lösungsanspruches nutzbar gemacht.

lassen hat, nicht wieder suchen kann, in diesen Fällen (Marktkauf) tritt die Wertung des Rechtsfriedens in dem trotzdem dem Entwerten verliehenen Herausgabeanspruch in das hellste Licht (oben S. 44 f.). Hier ist indessen auch der Punkt, an dem sich, wie wir oben gesehen haben, ein Sondertrieb der Entwickelung als Lösungsanspruch anzusetzen vermochte, in dem Sinne, dass die Wertung des Rechtsfriedens als solche zwar bestehen blieb — der Entwerte muss wieder zu seiner Gewere gelangen! —, dass aber die Ausgleichspflicht für den dadurch verursachten Eingriff in die Rechtssphäre des Käufers von dem unerreichbaren Verkäufer auf den Entwerten selbst übergewälzt wurde. —

Oben (S. 19 f.) wurde die Bedeutung der hier behandelten historischen Frage für die Entwickelung des deutschen Rechtes nach der Rezeption und für das geltende Recht und die Gesetzgebung der Gegenwart berührt. Die vorstehenden Ausführungen dürften hierfür soviel dargetan haben:

Die durch den Beweis redlichen Erwerbs widerlegbare Diebstahls- oder Unredlichkeitspräsumtion, die nach den Nachweisen Wellspacher's der Usus Modernus bei der condictio furtiva wie bei der actio spolii gegen den beklagten Drittinhaber gelten liess, kann nicht mit Wellspacher als die von einer praesumtio iuris et de iure zur blossen praesumtio iuris abgeschwächte, deutschrechtliche, zivilistische Wirkung einer Publizität des vitium furti aufgefasst werden. Sie ist vielmehr in ihrer Umdrehung der Beweislast meines Erachtens nichts weiteres als die äusserste, durch das Vorbild der deutschen Anefangsklage angetriebene, auf dem Boden des römischen Rechts noch zulässige Ausdehnung der condictio furtiva und der actio spolii. Dass die deutschrechtliche Entwickelung auf einen redlichen Eigentumserwerb Dritter an gestohlenen Sachen als Endziel hinweise, ist durchaus unrichtig.

Im Gegenteil, es lässt sich behaupten, dass die im deutschen Recht für eine Verfolgbarkeit der gestohlenen Sachen gegen redliche wie unredliche Dritte wirksam gewesenen Gedanken auch heute noch für eine Rechtsordnung, die auch ihr Fahrnisrecht (nicht bloss ihr Liegenschaftsrecht) auf dem deutschrechtlichen Publizitätsgedanken aufbaut, Bedeutung, wenngleich

vielleicht nicht ausschliessliche — Wertung des Verkehrsschutzgedankens![176]) — beanspruchen dürfen, nämlich: einerseits die energische zivilrechtliche Reaktion gegen Entwerung zugunsten des Entwerten[177]) — andererseits der Gedanke, dass der Dritte eher bei seinem Gewähren Ersatz findet, als der Entwerte beim Missetäter[178]). Eine Entscheidung für oder gegen den Lösungsanspruch aber dürfte nicht an der Frage vorbeigehen, ob überhaupt und bis zu welcher Grenze nach den heutigen Verhältnissen des Warenverkehrs in den Fällen, in denen eine Vindikation praktisch werden kann (Identitätsfeststellung), noch damit zu rechnen ist, dass der Käufer seinen Verkäufer nicht kennt.

[176]) der m. E. keinesfalls übertrieben werden darf. Vgl. Ehrenberg Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit in Iherings Jahrb. 47 S. 273 ff.

[177]) Vgl. auch die von Wellspacher S. 685 zitierte Stelle aus Perneder's Institutionen Buch IV Titel 1 (Ausg. 1600 S. 302): „Item das gestolen gut soll seinem rechten Herrn stracks wider werden unnd ob gleich der Dieb dasselbige einem andern verkaufft hett so muss doch der Kauffer und ein jeglicher in dess Gewalt solches gestolen Gut gefunden wird dasselbig dem rechten Herren dem es gestolen worden folgen lassen".

[178]) Nach Zycha a. a. O. S. 147 ist es ein „Billigkeits-Argument". Wohl! aber ein tief in der Geschichte der deutschen Fahrnisverfolgung wurzelndes.

Ergebnisse einer alamannischen Urbarforschung

von

Konrad Beyerle

Wir können die Freude der Romanisten über die Papyrusfunde in den Sandfeldern Ägyptens voll begreifen. Sie haben zu den bisher bekannten Denkmälern des antiken Rechts nie zu erhoffende neue Schätze der Rechtserkenntnis hinzugefügt, einzigartig durch ihre plastische Wirklichkeit und vollendete Unmittelbarkeit, Prozessakten und Geschäftsurkunden, die die Rechtskultur des griechisch-römischen Ägyptens in helles Licht setzen, die das praktische Rechtsleben längstversunkener Geschlechter einer der blühendsten Provinzen des Römerreiches vor uns wieder erstehen lassen.

Jede Rechtsgeschichte muss rechnen mit dem Gegensatz zwischen Gesetzesrecht und Verkehrsrecht, zwischen Gesetzeswillen und Rechtswirklichkeit, zwischen Rechtsnormen und Rechtsgeschäften. Je weiter wir in der geschichtlichen Entwicklung zurückblicken, um so geringer ist der Bestand an positiven Rechtsquellen im engeren Sinne. Das Wenige, was an geschriebenem Rechte dann überliefert zu werden pflegt, reicht nicht aus, ein vollständiges Bild des Rechtslebens zu geben. Für das am längsten sich selbst überlassene Privatrecht sind uns zumeist nicht einmal die Grundlagen genannt. Tritt später in steigendem Masse der Gesetzesstoff in seiner zunächst konkreten, allmählich abstrakter werdenden Fassung gegenüber der ausschliesslichen Herrschaft der Gewohnheit in den Vordergrund, so haben wir doch auch in ihm bestenfalls nur eine Hälfte des jeweiligen Rechts in der Hand. Eine mehr oder minder gute Zeichnung mit oft recht scharfen Konturen. Aber nur die Kenntnis des Rechtslebens vermag dieser Zeichnung Farben zu geben. Da zeigt sich oft, dass die Umrisse der

Zeichnung des Gesetzes im farbigen Bilde der Wirklichkeit verwischt und verschoben erscheinen. Je ursprünglicher die Rechtskultur, je grösser der Mangel an einer die Gesetzesanwendung überwachenden Instanz, um so stärker die zentrifugale Richtung des Verkehrsrechts. Daher der grosse Wert aller Überlieferung praktischer Rechtsbetätigung für die rechtsgeschichtliche Forschung. Es wäre eine noch dazu ungenaue Teilrechtsgeschichte, die sich auf die Gesetze verlassen und die Urkunden vernachlässigen wollte.

Der deutschen Rechtsgeschichte insonderheit harren noch weite Aufgaben. Von Volksrechten, Kapitularien und Rechtsbüchern hat sie ihren Lauf begonnen, das historisch-chronikalische und urkundliche Material hat sie in steigendem Masse wenigstens für die älteren Perioden herangezogen. Aber mit der Aufarbeitung der reichen Bestände praktischer Rechtsdenkmäler für die Zeit des deutschen Mittelalters stehen wir, wie jeder Sachkundige weiss, erst am Anfange.

Neben den unmittelbaren Rechtsquellen und den Geschäfts- und Prozessurkunden steht aber noch ein dritter, dem vollen Leben entnommener Stoffkreis, dem erst in neuerer Zeit gleichermassen von der rechts- und wirtschaftsgeschichtlichen Forschung erhöhte Aufmerksamkeit zuteil wird. Das Polyptychon der untergehenden antiken Grossgrundherrschaft lebt im mittelalterlichen Urbar fort. Das Wort Urbar, abgeleitet vom ahd. urpëran = hervorbringen, bedeutet ursprünglich den natürlichen Ertrag eines Grundstückes, in übertragener Bedeutung die von den Bebauern ausgeliehener Grundstücke an die Grundherren des deutschen Mittelalters zu leistenden Abgaben, schliesslich und bald allgemein die schriftliche Zusammenstellung sämtlicher Abgaben einer Herrschaft. Überall sind solche Urbare im letzteren Sinne überliefert, grösstenteils nicht über das 13.—14. Jh. zurückreichend, vereinzelt jedoch viel älteren Ursprungs. Aber auch die jüngeren sind häufig von älteren abgeschrieben. Es begreift sich, dass das Gefällverzeichnis einer einzelnen Grundherrschaft die Tendenz immerwährenden Bestandes in sich trägt. So vermag eine mit dem Rüstzeug historischer Kritik zuwerkgehende Forschung aus den Urbaren die relativ sichersten Ergebnisse für die Probleme der Bodenverteilung und

Ständeverschiebung zu gewinnen. Häufig ist der Urkundenbestand einer Grundherrschaft lückenhaft, seine Überlieferung eine mangelhafte und zufällige. Ein einziges Urbar vermag in solchen Fällen zur unmittelbarsten Anschauung der geschichtlichen Wirklichkeit hinzuführen. Es steht bestimmt zu erwarten, dass die immer wieder schwankende Ständelehre durch umfassende Urbarverarbeitung auf endgültig festen Boden wird gestellt werden können. Die hohe Bedeutung der Urbare für Landes-, Wirtschafts- und Rechtsgeschichte wird denn auch immer mehr anerkannt. Angesehene Publikationsinstitute haben in den letzten Jahren, unter dem Vortritt der Gesellschaft für rheinische Geschichtskunde, umfassende Urbareditionen in ihr Programm aufgenommen. Für Oberdeutschland ist die 1904 abgeschlossene Veröffentlichung des habsburgischen Urbars ein wissenschaftliches Ereignis [1]). In mustergültigem Notenapparat sind hier die Angaben des grössten süddeutschen Güterverzeichnisses aus den Urkunden und sonstiger geschichtlicher Überlieferung belegt und erläutert worden. Bereits geht die rechtsgeschichtliche Forschung daran, aus diesem reichen Felde Garben einzuheimsen [2]). Helles Licht fällt aus dem habsburgischen Urbar auf Gerichts- und Standesverhältnisse, auf Zuständigkeitsabgrenzungen, auf die Bewirtschaftung grundherrlicher Pfarreien, auf das Vogteiwesen, auf die Entwickelung der habsburgischen Landstädte in Oberdeutschland, insgesamt auf die Entwickelung der Landeshoheit.

Dabei ist das Haus Habsburg vielfach in älteren Besitzstand eingerückt: Kirchenlehen und Kirchenvogteien boten allen weltlichen Grossen des 11.—13. Jh. eine willkommene Vergrösserung ihres Besitzstandes. Das Erbe der Grafen von

---

[1]) Quellen zur Schweizer Geschichte. Herausgegeben von der allg. geschichtforschenden Gesellschaft der Schweiz. Bd. XIV u. XV, 1 u. 2 (1894—1904).

[2]) Vgl. Ulrich Stutz, Das habsburgische Urbar und die Anfänge der Landeshoheit, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germ. Abt. Bd. 25, auch separat. Wie hervorzuheben ist, hat schon Paul Schweizer selbst in seiner umfangreichen wissenschaftlichen Einleitung zum habsburg. Urbar der rechtsgeschichtlichen Verarbeitung des Urbars wesentlichste Dienste geleistet. Nur in den die Städte betreffenden Partien wird eine eingehendere Berücksichtigung der neueren stadtrechtsgeschichtlichen Literatur vermisst.

Kiburg, welches den glücklichen Habsburgern zufiel, machte sie zu unmittelbaren Nachbarn der ältesten Grundherrschaften der Ostschweiz, als da sind die Abteien Reichenau und St. Gallen, sowie das Hochstift Konstanz. Von allen dreien befinden sich Lehen und Vogteien in Händen Habsburgs. Das Ziel der Forschung muss sein, unter und hinter der sekundären Schicht habsburgischer Herrschaft nach Osten ausgreifend jenen ältesten Grundherrschaften am Bodensee eine eingehende Urbarforschung zuteil werden zu lassen. Noch harrt das durch den unvergleichlichen Urkundenreichtum hervorragendste St. Galler Material trotz der mustergültigen Publikation des St. Galler Urkundenbuches durch Wartmann der allseitigen wirtschafts- und rechtsgeschichtlichen Verarbeitung. Hervorragender Forscher und Künstler zugleich wird derjenige sein müssen, dem die von der badischen historischen Kommission im Programm geführte Grundherrschaftsgeschichte der Abtei Reichenau als Aufgabe zufällt. Denn nahezu völliger Verlust der ursprünglichen Urkundenschätze und nahezu völlige Entfremdung der einst weitgedehnten Besitzungen in den späteren Jahrhunderten des Mittelalters machen die Signatur des Reichenauer Materiales aus. Aus Lücken wird es gelten ein leidlich ganzes Bild zu zeichnen, aus jüngeren Gestaltungen die ursprünglichen Rechtsverhältnisse zu erschliessen.

Wie steht es mit den Urbaren des alamannischen Bistums Konstanz? Sehen wir von dem Druck der Gefälle bischöflicher Quartpfarreien ab, der im Freiburger Diözesanarchiv schon im Jahre 1870[3]) erfolgte, so ist davon bis heute nichts publiziert. Und doch birgt schon das nächstliegende, nämlich das Generallandesarchiv in Karlsruhe, für die beiden Rechtssubjekte des Bischofs und des Domkapitels, die sich in das Gut der alten s. Marienkirche teilten, wertvolle Urbarschätze, die es zu heben gilt.

Eine der kraftvollsten Persönlichkeiten auf dem Konstanzer Stuhle war Heinrich II. von Klingenberg, der Notar und Günstling Rudolfs von Habsburg, den Wissenschaften und dem Minnesange hold, vom Volke als Alchymist gefürchtet, von der Nach-

[3]) Freiburger Diözesanarchiv Bd. 4, 1 ff.

welt ob seiner mustergültigen Verwaltung des Bistums, dessen er allzeit ein Mehrer war, gesegnet. Er führte den Konstanzer Krummstab von 1293 bis 1306. Aus seinen letzten Regierungsjahren ist ein umfangreiches Urbar vorhanden, welches alle Einzelheiten des Besitzes des Bistums aufzählt. Es muss in jeder Richtung als würdiges Seitenstück zum habsburgischen Urbar angesehen werden.

Im Generallandesarchiv zu Karlsruhe soll ein gleichzeitiges Original dieses wichtigen Urbars beruhen [4]) war aber auf wiederholte Anfrage nicht auffindbar. Die Karlsruher Sammlung der Beraine enthält indes unter Nr. 4657 eine Abschrift desselben, in schlechter Schrift des 15. Jahrhunderts geschrieben und von Schreibfehlern nicht frei. Sie liegt der folgenden Untersuchung zugrunde.

Das Urbar Heinrichs von Klingenberg ist das wichtigste Aktenstück zur älteren Grundherrschaft- und Finanzgeschichte des Bistums Konstanz. Nichts bezeichnet das mangelhafte Verständnis, welches der erste Bearbeiter der Konstanzer Bischofsregestern demselben noch entgegenbrachte (1894), besser als das klägliche Regest Nr. 3422:

> „Zinsbeschrieb der domstiftisch Konst. Güter unter Bischof Heinrich",

welches den reichen Inhalt des Urbars auch nicht einmal ahnen lässt.

Die Anlegung des Urbars fällt mitten hinein in die rege Tätigkeit, die Heinrich II. der Errichtung und Abrundung des bischöflichen Territoriums zuwandte. Bereits erscheinen darin die Einkünfte des Bistums um die bischöflichen Schlösser und Städte als wirtschaftliche Mittelpunkte angeordnet, in denen der Ursprung der nachmaligen bischöflichen Ämter zu erkennen ist. Das Urbar hat keine Kapitelzählung. Darin auch äusserlich dem habsburgischen Urbar verwandt, beginnt es mit den Gefällen der Burg Klingnau (Kt. Aargau). Es fügt diejenigen von Kaiserstuhl (ebenda) und von der Burg Küssaberg (bad. Bezirksamt Waldshut) an. Folgen die Zinsen und Gülten

---

[4]) Vgl. Fürstenbergisches Urkundenbuch V, 227; Regesta episcop. Constant. II, 58 Nr. 3422.

der Herrschaften Neunkirch und Unterhallau (beide Kt. Schaffhausen, rechtsrheinisch), sowie des herrlich am Rheinfall gelegenen Schlosses Laufen (Kt. Zürich). Sämtliche bisher genannten Bestandteile der bischöflichen Herrschaft waren Neuerwerbungen des 13. Jahrhunderts. Jetzt erst reiht das Urbar, von Westen nach Osten schreitend, altstiftischen Besitz an: Burg Kastel, welcher die dem Bistum verbliebenen Reste des karolingischen Immunitätslandes bei Konstanz, der sog. Bischofshöri (biskoffeshori), zugeteilt waren; Bischofszell an der oberen Thur und jenes heute gleich den vorgenannten zum Kt. Thurgau gehörende Grundherrschaftsgebiet, das sich um das alte Römerkastell Arbon (Arbor Felix) ausdehnte. Unterbrochen wird diese Reihe altstiftischer Besitzungen durch die Aufzählung der Gefälle der ebenfalls im 13. Jahrh. hinzugewonnenen Burg Tannegg im hinteren Thurgau. Das Urbar springt sodann auf das nördliche Bodenseegebiet über. Beträchtliche Einkünfte gruppieren sich hier um die Oberschwäbischen Besitzungen zu Baumgarten und Eriskirch (württb. OA. Tettnang). Mit Meersburg und den Herrschaften Bodman, Gaienhofen, Bankholzen, Bohlingen, Steisslingen am Überlinger- und Untersee mündet das Urbar in den altstiftischen heute badischen Besitz auf der deutschen Bodenseehälfte ein. Die Zinsen der kaum erst [5]) hinzuerworbenen Burg Konzenburg an der oberen Donau (württb. OA. Tuttlingen) treten anhangsweise hinzu. Den Schluss bildet ein umfangreiches Verzeichnis der dem Bischof zehntquartpflichtigen Pfarreien. Es ist zweifellos das älteste Register dieser Art. Sein Verhältnis zu dem einige Jahrzehnte jüngeren Liber quartarum von 1324, veröffentlicht in Band 4 des Freiburger Diöcesanarchivs, bedarf eingehender Untersuchung, die hier nicht beabsichtigt ist. Überblickt man das Ganze, so nehmen die Gefälle der Herrschaft Arbon den breitesten Raum innerhalb des Zinsbeschriebes ein. Dies und die Tatsache, dass allein für die Entstehung der bischöflichen Grundherrschaft in Arbon bis jetzt eine eingehendere Untersuchung vorliegt [6]), mag zur Recht-

[5]) Am 25. Mai 1300. Vgl. Regg. ep. Const. Nr. 3173.

[6]) Vgl. Konrad Beyerle, Grundherrschaft und Hoheitsrechte des Bischofs von Konstanz in Arbon. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der

fertigung dienen, wenn im folgenden eine Beschränkung auf jenes wichtige Kapitel des Konstanzer Urbars eintritt. Wird es sich doch darum handeln, für eine der nachweisbar ältesten geistlichen Grundherrschaften Alamanniens [7]) typische Ergebnisse eindringender Urbarforschung vorweg zu nehmen.

Doch zunächst ein Wort über die zeitliche Festlegung des undatiert überlieferten Urbares.

Seine Entstehungszeit muss aus inneren Gründen erschlossen werden. Eine nähere Untersuchung ergibt, dass es zwischen dem 18. März und 10. Juli 1302 abgefasst ist. Diese enge zeitliche Begrenzung lässt sich gerade aus den auf die Arboner Herrschaft bezüglichen Angaben mit Sicherheit entnehmen.

Das Urbar führt die Gefälle des Arboner Gebietes in einer deutlich geschiedenen Doppelschicht auf. Das kann nur darauf beruhen, dass der nach dem Aussterben der mächtigen Ministerialen von Arbon an die Männer zweier Erbtöchter verteilte Arboner Besitz in seinen zwei Teilen 1282 und 1285, zum Teil noch später, vom Bistum wieder zurückgelöst wurde [8]). Da die Arboner Gefälle in dem Urbar überhaupt und da sie in dieser eigenartigen Anordnung aufgeführt werden, muss das Urbar nach 1285 entstanden sein. Rudolf von Habsburg wird an einer Stelle des Urbars ausdrücklich als verstorben erwähnt. Das Urbar fällt demnach hinter den 15. Juli 1291. Es nennt ferner gleich zu Anfang, mithin keinesfalls als später beigefügten Anhang die Einkünfte des am 1. Mai 1294 durch Bischof Heinrich von Klingenberg käuflich erworbenen Kaiserstuhl [9]). Dagegen wurde schon vorhin darauf hingewiesen, dass die mehrere Jahre später, nämlich am 25. März 1300 erworbene Herrschaft Konzenberg am Schlusse der eigentlichen Herrschaften des Bistums, vor der Aufzählung der Quartpfarreien,

---

deutschen Stadtverfassung. Sonderabdruck aus Heft XXXII der Schriften des Vereins für Geschichte des Bodensees und seiner Umgebung. Frauenfeld 1904.

[7]) Die Zugehörigkeit Arbons zum Bistum Konstanz ist für die spätere Merowingerzeit zu erschliessen, seit 797 urkundlich belegt. Vgl. Beyerle a. a. O., 8.

[8]) Vgl. Beyerle a. a. O., 44 ff.

[9]) Vgl. Regg. ep. Const. Nr. 2886.

angereiht ist. Die zuverlässigsten Angaben sind indes dem kleinen, neuerliche Verpfändungen aus dem Gebiet der Arboner Grundherrschaft enthaltenden Abschnitte [10]) zu entnehmen. In dieser Richtung ist dem Urbar bekannt die am 18. März 1302 erfolgte Verpfändung einer grösseren Anzahl bischöflicher Höfe in dem zur Herrschaft Arbon gehörenden Egnacher Gebiet an den reichen Konstanzer Domherrn Konrad Pfefferhart [11]). Anderseits hat das Urbar noch keine Kunde von der am 10. Juli 1302 an denselben Gläubiger bewirkten Verpfändung des ebenfalls zu Arbon gehörigen Gutes Horn bei Rorschach [12]). Bei der vollkommenen Zuverlässigkeit aller übrigen Angaben hätte diese Pfandsatzung dem bischöflichen Urbarschreiber unmöglich entgehen können. Dar Urbar (Nr. 122) berichtet aber noch bezüglich des Hofes Horn

> Item curia in Horn obligata dicitur domino de Sultzberg cum omnibus suis redditibus et pertinentiis.

Die Verpfändung an den bischöflichen Ministerialen von Sulzberg [13]) — gemeint ist offenbar der häufig belegte Rudolf von Sulzberg — wird zwar von dem Urbar in ihrer Rechtsbeständigkeit angezweifelt. Die ganze Angabe erfährt aber eine treffliche Beleuchtung durch eine Urkunde vom 10. Juli 1302, in welcher Bischof Heinrich dem genannten Domherrn Konrad Pfefferhart den Hof Horn zur Totsatzung verpfändet und ihm die von dort dem Bistum zukommenden Käsezinsen zum Entgelt dafür schenkt, dass er auf seine Bitte den von weiland Bischof Eberhard II (gest. 1274) den Dienstmannen Brüdern Rudolf und Hermann von Sulzberg für 30 Mark Silber verpfändeten Hof Horn [14]) um die gleiche Summe dem Bistum einlöste.

Auf Grund dieser Nachweise scheint die vorgeschlagene Datierung des Urbars hinreichend begründet. Damit soll nicht bestritten werden, dass wahrscheinlich für einzelne der bischöflichen Herrschaften schon vorher schriftliche Gefällregister be-

[10]) Vgl. die Beilage unter IV.

[11]) Vgl. Regg. ep. Const. Nr. 3256, 3257.

[12]) Regg. ep. Const. Nr. 3278.

[13]) Über das Geschlecht vgl. Beyerle a. a. O. 35.

[14]) Vgl. Beyerle a. a. O. 44.

standen haben oder dass einzelne Teile des Urbars auf älteren Vorlagen aufgebaut sind. Für das Arboner Gebiet ist dies sogar durch die Art der Anordnung der dortigen Einkünfte höchst wahrscheinlich. Allein der ersichtliche Charakter des Gesamturbars, alle bischöflichen Einnahmen vollständig zu verzeichnen, bleibt sicher die verdienstvolle Arbeit, die wir dem wirtschaftlichen, der Nachwelt noch lange im Gedächtnis haftenden Talente Heinrichs von Klingenberg zuschreiben müssen. Es ist am Ende doch wohl nicht Zufall, dass genau um dieselbe Zeit, da die Habsburger ihre Güter und Rechte im weitesten Umfange verzeichneten, auch der im Dienste Rudolfs I. gross gewordene Bischof Heinrich von Konstanz die bescheideneren Besitzungen und Einkünfte seines Hochstifts in geordnete Zusammenstellung bringen liess.

Und nun zur Sache. Obwohl die einschlägigen Partien des Konstanzer Urbares, wie sie in der Beilage wiedergegeben und zur Ermöglichung des Zitierens mit fortlaufenden Zahlen versehen sind, das älteste Einkünfteregister der bischöflichen Grundherrschaft Arbon darstellen, reichen sie begreiflicherweise für sich allein nicht aus, um einen vollkommenen Einblick in den agrar- und ständegeschichtlichen Werdegang dieser Herrschaft zu gewähren. Das Urbar nennt zwar nach Art aller älteren Urbare die Zinse und Zehnten der pflichtigen Güter, aber nicht deren Lage und Grösse. Und doch vermag erst die Gegenüberstellung beider Kategorien sichere Ergebnisse zu liefern. Indes ist diesen Mängeln abzuhelfen.

Für die Entstehungsgeschichte der bischöflichen Grundherrschaft Arbon muss im allgemeinen eine Verweisung auf die oben genannte Abhandlung genügen. Soll das wesentliche kurz herausgehoben werden, so ist zu sagen: Das Römerkastell Arbor Felix bildete in frühmittelalterlicher Zeit zusammen mit seinem bewaldeten Hinterland einen für sich bestehenden kleinen Gau (pagus Arbonensis), getrennt von dem angrenzenden viel grösseren Thurgau. Der Arbongau war von christlicher rätoromanischer Bevölkerung bewohnt, welche allmählich eine Durchsetzung mit alamannischen Siedlern erfuhr. Er bildete zusammen mit dem Gebiet des Römerkastells Konstanz die älteste Ausstattung des von den Merowingern im unterworfenen Alamannen-

land errichteten Bistums Konstanz. Die auf Karolingische Vorlagen zurückgehende Zirkumskriptionsurkunde Friedrichs I. von 1155, beim Fehlen älterer Privilegien der wichtigste Besitztitel des Hochstifts Konstanz, nennt als Urheber jener Gebietszuweisung Dagobert. Aus den St. Galler Urkunden ergibt sich mit Bestimmtheit, dass dieses Kloster in der dem Bistum Konstanz gehörigen Einöde gegründet wurde und sich erst durch einen hundertjährigen Abschichtungsprozess von seinem alten Grundherrn frei zu machen vermochte (780—904). „Das Ergebnis war, dass der Bischof gegen umfassende Abfindungen sich in dem auf einem Hoftage Ludwigs des Deutschen zu Ulm 854 geschlossenen Vertrag bereit finden liess, auf den oberen (südlichen) Teil des Arbongaues zu verzichten". „Dem Bischof verblieb nur mehr der flache, fruchtbare Landstrich längs des Sees mit Ausnahme der ebenfalls an St. Gallen gekommenen Orte Steinach und Rorschach". „Insbesondere konzentrierte sich die Arboner Grundherrschaft des Bischofs von Konstanz frühzeitig im sog. Egnach, dem Gebiete, das sich westlich von Arbon selbst bis an die Salmsach bei Romanshorn erstreckt und mit dem Hofe Horn (bei Rorschach) bis zuletzt im bischöflichen Besitze verblieb".

Ausser diesem rein weltlichen Grundherrschaftsgebiete verblieben dem Bischof von Konstanz noch geistliche Gefälle. Seit dem 9. Jahrhundert war das Gut der uralten s. Martinspfarrkirche zu Arbon dem bischöflichen Tisch einverleibt. Da der Sprengel dieser weitausgreifenden Pfarrei, die von Hause die einzige christliche Gemeinde des Arbongaus war, durch die Gebietsabschichtung zwischen den Grundherrschaften St. Gallen und Konstanz nicht unmittelbar betroffen wurde, erhielten sich in der Hand des Bischofs beträchtliche Zehntgefälle aus den zur s. Martinskirche gehörigen Dörfern und Höfen des s. gallisch gewordenen Teiles des Arbongaus.

Die Festhaltung dieser doppelten Natur bischöflicher Rechte in und um Arbon ist für das Verständnis des Urbars erste Voraussetzung. Neben weltlichen Grundherrschaftsabgaben in einem engeren Gebiet stehen Zehnten aus einem viel umfassenderen Bezirke.

Beide Gruppen verblieben indes nicht dauernd der eigenen

Nutzung des bischöflichen Tisches. Die erwähnte Urkunde Friedrichs I.[15]) zählt die an die bischöflichen Dienstmannen zu Lehen gegebenen Güter (possessiones iubeneficiatae) nicht auf, nennt vielmehr nur die der bischöflichen Kammer verbliebenen Gebiete. Es müssen aber namentlich an der Peripherie der Arboner Herrschaft erhebliche Abbröckelungen bischöflicher Rechte stattgefunden haben, die als Dienstlehen zur Ausstattung des hier als Schutzwehr gegen St. Gallen errichteten Burgenkranzes verwendet wurden. Was die Ministerialen von Rheinegg, von Sulzberg, von Steinach und von Roggweil an bischöflichen Gütern erlangt hatten, war für das Bistum zum weitaus grössten Teil unwiederbringlich verloren. Die Auslösung des Hofes Horn aus den Händen der Herren von Sulzberg, die schon begegnete, bestätigt als Ausnahme die Regel. Insbesondere ist der Verlust des nahe bei Arbon gelegenen Roggweil ein frühzeitiger und definitiver. Ja zeitweilig war, wie schon berührt, die Arboner Grundherrschaft dem Bistum ganz entfremdet und musste von diesem unter grösster finanzieller Anstrengung aus den Händen der Herren von Kemnat und von Bodman 1282, 1285 und später zurückgelöst werden. Beide waren in einer allen Grundsätzen des Lehenrechts Hohn sprechenden Weise nach dem Aussterben der mächtigen Ministerialenfamilie der Herren von Arbon, welche Burgrecht, Vogtei, Grundherrschaftsgefälle und Zehnten von Arbon in ihrer Hand zu vereinigen vermocht hatten, auf Grund von zwei Heiraten mit den Erbtöchtern des letzten Herren von Arbon in die bischöflichen Gerechtsame eingerückt. Erst nachdem es Bischof Rudolf II. von Habsburg-Laufenburg gelungen war,

> „stat und schloss Arbon von des adels hand widrum ans bistumb“

zu bringen, und nachdem auch durch Heinrich von Klingenberg die Herren von Sulzberg für ihre Ansprüche auf Horn abgefunden waren, war das Bistum wieder im Besitze derjenigen Rechte im alten Arbongau, welche die Urkunde Friedrichs I. mit den Worten umschreibt:

> „curtis in Horna, curtis in Arbona cum ecclesia parochiali“.

---

[15]) Die Urkunde ist oft gedruckt. Siehe die Nachweisungen Regg. ep. Const. Nr. 936.

Das Hofgut Horn, eingekeilt zwischen die s. gallischen Orte Rorschach und Steinach, der Kellhof des Bischofs zu Arbon mit den dazu gehörigen allmählich erweiterten Zinsländereien, nämlich den Kellhofgebieten Erdhausen, Egnach und Wiedehorn, endlich das dem Bistum inkorporierte Vermögen der s. Martinskirche zu Arbon, d. h. deren Widemgüter und Zehntrechte: das sind auch die Kategorien des Urbares von 1302.

Das Urbar ist lediglich ein Verzeichnis der festen jährlichen Zinsen und Gülten. Über einen zweiten ebenso wichtigen Teil grundherrschaftlicher Rechte, nämlich über die Fronden und Todfallverpflichtungen des Zinsbauern, erfahren wir aus dem Urbare nichts. Ebensowenig sind, wie hervorgehoben, Grösse und Lage der Zinsgüter angegeben.

Glücklicherweise bietet nach diesen Richtungen hin ein jüngeres, aus dem Jahre 1546 stammendes Urbar, sowie das Aktenmaterial der neueren Jahrhunderte erwünschten Aufschluss. Das Urbar von 1546 ist mit genauer Angabe der einzelnen Höfe und Liegenschaften nach Lage und Grösse versehen und verzeichnet auch die Frondpflichten jedes Gutes. Dem Vergleich beider Urbare, der vom Verfasser durchgeführt wurde und für das Folgende vorausgesetzt ist, waren die schönsten Ergebnisse beschieden [16]). Diesen selbst ist jedoch eine allgemeine Darlegung über Charakter und Inhalt des Arboner Güterverzeichnisses von 1302 vorauszuschicken.

Die äussere Anordnung des Urbars Heinrichs von Klingenberg ist in dem die Herrschaft Arbon betreffenden Kapitel eine ziemlich willkürliche und wenig einheitliche, wie insbesondere das Verhältnis der ersten beiden Abschnitte zueinander und mehrfache Wiederholungen in den späteren Teilen ergeben. Zehn Abschnitte heben sich deutlich ab.

Der erste Abschnitt mit der Überschrift „Isti sunt census et advocacia super curiam cellerarii Arbonensis“, an Umfang der bedeutendste, enthält, in 46 Positionen angeordnet,

---

[16]) Das sehr umfangreiche Urbar von 1546 wird im Anhang zu Teil II der Arboner Untersuchung des Verfassers in den Schriften des Vereins für Geschichte des Bodensees und seiner Umgebung zum Abdruck gelangen, allwo auch weitere Einzelheiten der Untersuchung werden niedergelegt werden.

die Einkünfte derjenigen Güter, welche zur Zeit der Abfassung des Urbares um den alten Kellhof Arbon selbst gruppiert waren [17]). Am Schlusse reihen sich unorganisch an die Vogtei des s. gallischen Hofes Bernhardzell (Nr. 44) und die Arboner Bürgersteuer (Nr. 46), die auch in dem Stadtrechtsweistum von 1255 [18]) begegnet. Der erste Abschnitt zeichnet sich durch Genauigkeit der Angaben in jeder Richtung aus. Er hebt den verschiedenen juristischen Charakter der Abgaben hervor und erweist sich im Gegensatz zum zweiten Abschnitte auch aus andern Gründen als eine ursprünglichere und sorgfältigere Aufzeichnung.

Am meisten Schwierigkeit bereitet die Charakterisierung des zweiten Abschnitts (Nr. 47—71). Seine Aufschrift: „Hi sunt census possessionem subscriptorum“ ist farblos, seine Angaben sind summarischer als im ersten Abschnitt. Nur in seiner geographischen Ordnung ist er mit jenem verwandt. Innere Gründe machen die Vermutung wahrscheinlich, dass in Abschnitt II diejenigen Besitzungen zu suchen sind, welche nach dem Vertrage von 1285 [19]) noch in Händen der Herren von Bodman verblieben waren, bald darauf aber — unbekannt wann — dem Bistum zurückerworben wurden.

Der dritte Abschnitt des Urbars (Nr. 72—90) trägt die Überschrift: „Redditus ecclesie in Arbona“. Er bringt die Einkünfte der dem Bistum inkorporierten Arboner Kirche aus Widemgütern (Nr. 72—75) und einer Reihe anderer Höfe und Liegenschaften (Nr. 76—90). Die letzteren Einkünfte sind Grosszehnten, ohne dass das Urbar selbst sie mit diesem Namen belegte. Am Schlusse des Abschnitts steht eine summarische Aufzählung der Kleinzehnten der St. Martinskirche, bestehend in Hühnern, Eiern und Geldabgaben.

Nahezu sämtliche der in dem dritten Abschnitt genannten Gefälle kehren in Abschnitt VIII wieder, der die Überschrift trägt: „Hi sunt redditus ecclesie Arbonensis pertinentes venerabili domino episcopo Constanciensi“. Nur macht Abschnitt VIII

---

[17]) Eine Karte des Arboner Gebietes ist meiner oben erwähnten Abhandlung beigegeben.

[18]) Vgl. über dasselbe Beyerle a. a. O. 48 ff.

[19]) Vgl. Beyerle a. a. O. 46.

einen sorgfältigeren und genaueren Eindruck: er bildet zusammen mit den Abschnitten IX und X ein organisches Ganzes, welches ein durchaus sorgfältig gearbeitetes Verzeichnis der Kircheinkünfte von St. Martin darstellt.

Abschnitt IX enthält 21 Positionen von ausdrücklich als solchen bezeichneten, grosszehntpflichtigen Neubruchgütern. Nach der geringen Höhe der Novalzehnten kann es sich in allen Fällen nur um kleinere Liegenschaften handeln.

Der am Ende von Abschnitt III summarisch angegebene Kleinzehnt ist in Abschnitt X in seinen sehr zahlreichen Einzelposten (Nr. 190—350) näher spezifiziert. Wie auf einem grossen Spaziergang führt uns Abschnitt X durch das Arboner Kirchspiel. Er fasst die grosse Zahl der Kleinzehnten in neun Gruppen zusammen, die überwiegend den einzelnen, seit dem Mittelalter entstandenen Landgemeinden innerhalb der Pfarrei entsprechen. Den Schluss bilden (von Nr. 321 an) eine grössere Reihe zehntpflichtiger Liegenschaften der Arboner Bürger im Umkreise ihrer Stadt. Wahrscheinlich ist Abschnitt III ein vorläufiges Verzeichnis der Arboner Kirchengefälle, wie es zur Zeit des Rückerwerbs der Herrschaft Arbon von den Herren von Kemnat im Jahre 1282 in summarischer Weise entstanden sein mag. Demgegenüber enthalten die Abschnitte VIII—X die gewissenhafte Arbeit des Mannes, der im Auftrage Heinrichs von Klingenberg die Einkünfte im einzelnen aufnahm[20]).

Es sei alsbald auf die wichtigen Angaben des Abschnittes III hingewiesen, aus denen hervorgeht, dass die Einkünfte der St. Martinskirche zu Arbon nicht, wie bei den zahlreichen grundherrlichen Pfarreien des habsburgischen Urbars, durch den Geistlichen eingezogen wurden, der den Überschuss über seine Congrua abzuliefern gehabt hätte[21]), vielmehr wurden zu Arbon diese geistlichen Gefälle gleich den weltlichen Grundherrschaftsabgaben von der Grundherrschaft selbst vereinnahmt. Mithin bewahrte die in die Karolingerzeit hinaufreichende Verbindung

[20]) Dem Vergleich der Abschnitte III und VIII diene eine Gegenüberstellung der Positionen 72 mit 154, 73 mit 153, 74 mit 150, 75 mit 152, 76 mit 159, 77 mit 160, 78 mit 161 und 162, 81 mit 144, 84 mit 156, 86 mit 143, 89 mit 158, 90 mit 142.

[21]) Vgl. über den Punkt Stutz a. a. O. S. 48 ff. (in der Separatausgabe).

des Arboner Pfarrgutes mit dem bischöflichen Stuhle dauernd den Charakter reinen Eigenkirchentums, wenigstens was die alte Ausstattung und die Zehntrechte der Pfarrei angeht. Das Urbar weist nur zwei Grosszehnten (Nr. 89 und 90) dem Pfarrer, von den Geldabgaben der Kleinzehnten dagegen ungefähr ein Drittel der Kirchenfabrik zu (vgl. Abschnitt III am Ende). Während so alle dinglich fundierten Kirchengefälle bis auf einen kleinen Betrag der Grundherrschaft zuflossen, verblieben zum persönlichen Unterhalt des Geistlichen die Opfergaben und gestifteten Jahrzeitrenten der Pfarrspielsgenossen. Aus ihnen wuchs im Laufe des späteren Mittelalters als zweites, neues Pfarrvermögen der St. Martinsfond heraus[22]).

Der vierte Abschnitt stellt den Verpfändungsrodel des Arboner Urbars dar. Er dürfte den Schluss der ursprünglichen Aufzeichnung gebildet haben, wie sich insbesondere aus dem erörterten Verhältnisse der Abschnitte III und VIII—X ergibt. Das von Nr. 91—122 reichende Verpfändungsregister zerfällt in zwölf Pfandschaften und beweist, dass es dem Bistum Konstanz trotz der Anstrengungen von 1282 und 1285 nicht gelungen ist, sich im vollen Eigennutzen der Herrschaft Arbon zu behaupten. Als Pfandgläubiger überwiegen Konstanzer Ministerialen (Nr. 91—108, 118, 120—122), die Vogtei über Bernhardzell erscheint an den Abt von St. Gallen als dortigen Grundherrn verpfändet (Nr. 119), eine grössere Reihe von Höfen ist im Pfandbesitz des Konstanzer Domherrn Konrad Pfefferhart (Nr. 109—117), des reichsten Konstanzer Klerikers seiner Zeit, der den Bischof Heinrich von Klingenberg bei dessen finanziellen Sanierungen des Hochstifts häufig mit dem Gelde seiner Familie, angesehener Konstanzer Kaufleute, unterstützte.

Aus der Reihe der Verpfändungen seien zwei rechtsgeschichtlich interessante Fälle herausgehoben. Die dritte Pfandschaft (Nr. 99 und 100) enthält den typischen Fall eines Kammerlehens, d. h. eines Lehens an blossen Einkünften, die nicht direkt vom Belehnten erhoben, sondern aus der Kammer

[22]) Vgl. Beyerle a. a. O. Seite 23.

des Lehensherrn bezahlt wurden [23]). Dass es sich hier um ein solches Kammerlehen an den Ritter Irmendegen, einen untergeordneten Konstanzer Ministerialen, handelt, ergibt der Vergleich von Nr. 99 mit 9 und bzw. von Nr. 100 mit 124 in voller Deutlichkeit.

Eine wertvolle standesgeschichtliche Parallele zu den Schöffenbarfreien Eikes von Repgow bieten die Verpfändungen an Konrad von Bussnang (Nr. 101—103) im Zusammenhalt mit der urkundlichen Überlieferung. Eine Konstanzer Bischofsurkunde vom 28. April 1292 [24]) ist der Titel für diese Verpfändungen. Die Herren von Bussnang waren eines der wenigen Freiherrngeschlechter der Ostschweiz. Ohne ihre angesehene Stellung zu schwächen, nahmen sie seit den Tagen Barbarossas Dienstlehen vom Bistum Konstanz. In der erwähnten Urkunde nun gelobt Bischof Rudolf II., dem Ritter Konrad von Bussnang für dessen Eintritt in den bischöflichen Dienst 60 Mark Silber zu bezahlen und verpfändete ihm bis zur Erfüllung des Versprechens eine Reihe Arboner Höfe. Trotz seiner Dienstmanneneigenschaft wird Konrad von Bussnang auch fernerhin in der Reihe der freien Herren aufgezählt [25]).

Kehren wir zum Urbare selbst zurück. Die Abschnitte V bis VII reihen die Gefälle der Höfe Wiedehorn, Egnach und Horn an. Die Sonderstellung des Hofes Horn erklärt sich aus der Pfandschaft der Herren von Sulzberg (Nr. 122), von der schon bei Erörterung der Datierung des Urbars die Rede war. Horn hatte mit den Besitzungen der Herren von Kemnat und von Bodman (Abschnitt I—III) nie etwas zu tun. Dagegen ist das Verhältnis der Höfe Wiedehorn und Egnach zu den ersten beiden Abschnitten nicht völlig klar zu stellen. Für Egnach (Nr. 124) ist ferner zu beachten, dass das Urbar die beträchtlichen Einkünfte lediglich als solche des Kellhofs in Bausch und Bogen angibt. Die einzelnen, dahin zinsbaren Güter sind entgegengesetzt der sonstigen Ausführlichkeit des Urbars nicht

[23]) Vgl. über die weite Verbreitung der Kammerlehen im habsburgischen Gebiet P. Schweizer im Habsburg. Urbar II 2, 689 ff.

[24]) Regg. ep. Const. Nr. 2821.

[25]) Vgl. St. Galler Urkundenbuch Bd. III 368, Urk. v. J. 1310.

mit aufgezählt, obgleich die Schlussworte eine dahin gehende Absicht des Urbarschreibers verraten. Möglich auch, dass die uns vorliegende Abschrift hier eine Lücke aufweist.

Wir sind bisher dem Arboner Urbar gefolgt, um uns einen Überblick über seinen Inhalt zu verschaffen. Jetzt gilt es, diesem Inhalte selbst die für die Grundherrschaftsgeschichte wertvollen Ergebnisse zu entlocken.

Da sind zunächst einige aus dem topographischen Befunde des Arboner Gebietes ohne weiteres zu entnehmende Gesichtspunkte an die Spitze zu stellen[26]). Ein flüchtiger Blick auf die Karte erweist sofort, dass wir hier nicht alemannische Dorfschaften mit Ackerfluren und Gemeinmark vor uns haben, das Arboner Grundherrschaftsgebiet zerfällt vielmehr in Komplexe einzelner Hofgüter. Das sind Höfe von verschiedener Grösse, aus denen eine Anzahl hervorragt, die sich rasch als alte Salhöfe charakterisieren. Auf grundherrlichem Streubesitz und umfassender Rodungsarbeit baut sich die Abtei s. Gallen auf. Dagegen ist im ganzen Arboner Gebiet, soweit es sich der ausgreifenden St. Galler Rodung gegenüber im Besitze des Konstanzer Stuhles erhalten hat, von Streubesitz nichts zu merken. Dieser beruht in der Hauptsache auf Zuwendung einzelner Güter durch Private. Der Arbongau ist dagegen ausschliesslich grundherrschaftliches Zinsland des Bistums Konstanz, das eine königliche Vergabung der Merowingerzeit zum Titel hat. Wir stehen hier auf dem Boden einer geschlossenen fränkischen Grundherrschaft, deren ursprünglicher agrargeschichtlicher Zustand sich aus den zu Gebote stehenden Quellen des späteren Mittelalters in einzigartiger Weise erkennen lässt. Das ist nicht hoch genug anzuschlagen. Die vielbeachteten Untersuchungen, welche Georg Caro unlängst an Hand der St. Galler Urkunden angestellt hat[27]), erwiesen in letzter Linie doch, dass selbst die Entwickelung der St. Galler Grundherrschaft siedelungsgeschichtlich einen sekundären Charakter trägt. Das Arboner Material bietet das Bild

[26]) Vgl. Beyerle a. a. O. 9f.

[27]) Georg Caro, Studien zu den älteren St. Galler Urkunden, Jahrb. f. Schweizer. Geschichte Bd. 26 u. 27 (1901, 1902).

einer der wenigen ursprünglichen geschlossenen grundherrschaftlichen Siedelungen im alamannischen Lande [28]). Gegenüber den zahlreichen durch ihre Namen und Flurkarten als grundherrliche Siedelungsform erwiesenen Einzelweiler, denen August Meitzen im Alamannenland so erfolgreich nachgegangen ist [29]), liegt in Arbon eine grosse Gruppe von Gütern beisammen, die wir im Gegensatz zum alamanischen Gewanndorf als Weiler in Anspruch nehmen dürfen. Für die wieder in Fluss gebrachten Untersuchungen des Verhältnisses von Grundherrschaft und Immunität [30]) insofern ein dankbares Feld, als man sich in Zukunft wird besser hüten müssen, für die Emanzipationsbewegung der Grundherrschaften von Grafschaftsverband nur noch an grundherrlichen Streubesitz zu denken und grössere geschlossene Grundherrschaftsgebiete als von Anfang an nicht vorhanden auszuscheiden. Manche Angriffe gegen die „grundherrliche Theorie" prallen ab, wenn man der Tatsache ins Auge sieht, dass es in Händen gerade der ältesten Grundherren auch geschlossene, grössere, rein grundherrlich besiedelte Gebiete gab, die vielleicht überhaupt nie unter einem Grafen standen, deren Bewohner auch nicht eine nie besessene Freiheit aufzugeben hatten, sondern ein und derselben Kategorie kirchlicher Höriger angehörten.

Denn auch darüber kann kein Zweifel walten, dass die kirchliche Hörigkeit, in der sich die Bewohner der bischöflichen Grundherrschaft Arbon nachweisbar während des spätern Mittelalters und bis tief in die Neuzeit herab befanden, nicht in einer irgendwann erfolgten Unterdrückung persönlicher Freiheit ihren Grund hat, sondern in die Anfänge der Konstanzer Gerechtsame im Arbongau zurückreicht. Das Arboner Gebiet heisst schon in der berühmten Abschichtungsurkunde

[28]) Leider ist diese Tatsache Caro völlig entgangen, weshalb er denn auch für den Abtrennungsprozess St. Gallens von Konstanz nicht die richtigen Gesichtspunkte aufstellen konnte.

[29]) Vgl. A. Meitzen, Siedelung und Agrarwesen der Westgermanen und Ostgermanen etc. Bd. I 431 ff.

[30]) Seeliger, Die soziale und politische Bedeutung der Grundherrschaft im früheren Mittelalter, Leipzig 1903.

St. Gallens von Konstanz, die Ludwig der Deutsche auf dem Ulmer Hoftage 854 ausstellte,

terra ad illam sedem episcopalem censata [31]).

Die grundherrlichen Siedler des Bistums führen ebenda den Namen homines censati. Die beiden römischen Kastellgaue von Konstanz und Arbon bildeten die Dotation des Konstanzer Stuhles. Was die Urkunde Friedrichs I. für das Immunitätsland des Bistums bei Konstanz aussagt, das galt in gleicher Weise für die Herrschaft Arbon:

> Et quoniam haec terra . . . censualis est ecclesiae Constantiensi, nulli hominum liceat terram emere vel ullomodo sibi vindicare sine permissione episcopi exceptis tributariis hominibus ex eodem pagello natis.

Die Urkunde Barbarossas benützt karolingische Vorlagen [32]), und es ist leicht möglich, dass der Satz zu den Entlehnungen gehört. Drehte sich doch der endlose Streit zwischen St. Gallen und Konstanz um die Frage des Übertritts von Konstanzer Hörigen zur St. Galler Grundherrschaft. Gegen Kauf- und insbesondere Tauschgeschäfte St. Gallens mit Konstanzer Censualen könnte der Satz gerichtet sein. Der Ausdruck homines tributarii spricht ebenso für ein höheres Alter, mag er auch vereinzelt, so in den Brixener Traditionen, noch im 12. Jahrhundert vorkommen [33]). Aber selbst für die Tage Friedrichs I. genommen, legt die Stelle von einem grösseren geschlossenen Grundherrschaftsgebiete des Bistums Konstanz Zeugnis ab, als deren ausschliessliche Bewohner kirchliche Hörige erscheinen. Diese Hörigkeit erscheint auf jeden Fall durch die Gestattung des Gutsverkaufs innerhalb der Genossame schon sehr gemildert. Auf die mit der Hörigkeit zusammenhängenden Fronden wird noch zurückzukommen sein.

Nach diesen Vorbemerkungen gilt es zunächst, die Art der im Arboner Urbar aufgeführten Gefälle und damit die Leistungen der Kolonen kennen zu lernen. Durch die vor-

---

[31]) Vgl. das Nähere über die Urkunde bei Beyerle a. a. O. 13 ff. Daselbst auch die Einzelnachweisungen von Konstanzer Zinsland im Arbongau.

[32]) Vgl. die Nachweise bei Beyerle a. a. O. 24 ff.

[33]) Vgl. einerseits Brunner, RG. I 241, II 252; andererseits Waitz-Zeumer, Verf.-Gesch. V [2] 234.

angestellte Inhaltsübersicht ist dieser Aufgabe bereits vorgearbeitet worden. Nur von den Geld- und Naturalzinsen ist in dem Urbar die Rede, die persönliche Dienstpflicht der Fronden wird nicht erwähnt.

Für die juristische Charakterisierung ist der Gegensatz kirchlicher und weltlicher Gefälle von durchgreifender Bedeutung.

Die rein grundherrlichen Abgaben treten im ersten Abschnitt des Urbares deutlich hervor[34]). Hier sind dieselben regelmässig in gesonderten Posten unter den Titeln Census und Advocacia aufgeführt.

Census ist eine in Konstanzer Mass ausgedrückte Kornfruchtabgabe (triticum = Weizen), durchgehends in den bescheidenen Grenzen von 1—2 Mutt. Mangels einer näheren Bezeichnung haben wir in der Census schlechthin genannten Abgabe den grundherrlichen Zins im engsten Sinne zu erblicken. Er lässt sich im Gegensatz zu dem Zehnten und zu den Vogteilasten am besten als Bischofszins bezeichnen. Dass hier in Wirklichkeit die seit alter Zeit feststehende, neben der sich ausbreitenden Vogtherrschaft dem Bistum verbliebene Abgabe wirklich vorliegt, wird der Vergleich mit der Vogtsteuer und die Untersuchung über Grösse und Art der belasteten Höfe erweisen.

Bedeutsamer sind die Vogteilasten. Als Advocacia werden dem Census mehrere Abgaben angefügt. Zunächst ebenfalls eine Kornfruchtabgabe mit der Tendenz, sich mit dem Kornzins des Bischofs in gleicher Höhe zu halten; wir werden sie als Wachtgetreide fassen und mit der militärischen Stellung des Vogtes in Zusammenhang bringen dürfen. Sodann begegnet der überall auftretende, ebenfalls mit der Wehrverfassung zusammenhängende Vogthafer. Es folgt ein nicht unbeträchtlicher Geldzins, den wir als Vogtsteuer bezeichnen können. Doch besteht auch die Möglichkeit, in dieser Geldleistung die dem Vogte überwiesene, grundherrliche Abgabe vom Wieswachs, das sog. Heugeld, zu erblicken. Jedes Gut hatte ferner eine Schweinabgabe zu leisten. Aus den mehrfach

[34]) Vgl. Nr. 2—4, 6, 8, 11, 13, 15, 16, 18, 19, 21—28, 34—42.

beigefügten Geldansätzen ist zu folgern, dass schon spätestens um die Wende des 13. Jahrhunderts eine Ablösung dieser Naturallasten durch Geld in Übung gekommen sein muss. Der offenbar jüngere zweite Abschnitt des Urbars fügt bereits sämtlichen Schweineabgaben den Geldwert bei. Fast alle Positionen der ersten zwei Abschnitte enthalten sodann unter der Bezeichnung „de castro“ eine kleinere Geldsteuer zum Bau der Burg Arbon. Den Schluss der Vogteigefälle bilden Hühner- und Gänsezinse, letztere nur bei einer geringeren Zahl von Höfen. Es ist anzunehmen, dass ein grosser Teil der als Vogteigefälle auftretenden Abgaben, dass insbesondere die sog. Küchengefälle (Schweine, Hühner, Gänse) von Hause aus an den Bischof zu entrichten waren, aber frühzeitig den Vögten zu ihrem Unterhalte überlassen wurden. Fasst man, wie vorhin geschehen, die Vogtsteuer als Heugeld auf, so gilt auch von ihr dasselbe. Neben den im Vorstehenden erörterten normalen Abgaben stehen einige Besonderheiten. Ein Gut hatte an Stelle eines Kornzinses 150 Schüsseln in die bischöfliche Küche zu liefern und führte daher seinen Namen (Nr. 17). Vereinzelt treten auch noch andere Fruchtarten in einer gewissen Regelmässigkeit auf, nämlich Bohnen und Nüsse in den Nummern 56, 58, 67 und 123; Gerste in den Nummern 56, 67 und 123.

Eine Gruppe von zwölf Höfen sticht durch die auf ihnen liegende viel grössere Getreideabgabe sofort hervor; es sind das die Nummern 5, 9, 14, 45, 47, 54, 56, 58, 67, 123, 124 und 125. Es gilt schon jetzt festzuhalten, dass gerade die Kellhöfe der Grundherrschaft hierunter fallen und mithin hinsichtlich ihrer Abgaben eine Ausnahmestellung einnehmen. Im übrigen werden beim Mangel jeder näheren Charakterisierung dieser erhöhten Fruchtgefälle innere Gründe über ihr Wesen Licht schaffen müssen.

Die kirchlichen Gefälle sind uns in den Abschnitten III, VIII—X des Urbares überliefert. Von ihnen sind die Leistungen des Abschnitt IX als Neubruchzehnten, diejenigen des Abschnitt X als Kleinzehnten bezeichnet. Im dritten Abschnitt sind die Widemgüter als solche hervorgehoben, aber ihre Leistungen wie überhaupt alle Abgaben in Abschnitt III und VIII ohne nähere Charakterisierung gelassen. Der zu Klein-

zehnt erwartete Gegensatz Grosszehnt ist im ganzen Urbar nicht ausdrücklich genannt. Gleichwohl kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die beträchtlichen Getreideabgaben der Abschnitte III und VIII Grosszehnten sind, die in einem nach dem Durchschnitt des Ertrags berechneten Pauschquantum von den Höfen als Spelt- und Hafergült alljährlich geleistet werden, während vereinzelte grosszehntpflichtige Liegenschaften [35]) nach der Fruchtfolge Spelt bzw. Hafer leisten und im Brachjahre zehntfrei sind. Hervorgehoben sei, dass auch die Widemgüter der Arboner Kirche (Nr. 72—75) nicht in Eigenwirtschaft der Grundherrschaft stehen, sondern gegen Grosszehnten ausgetan sind. Die Novalzehnten des neunten Abschnitts halten sich in engen Grenzen und sind überwiegend als festgesetzte Kernengülten normiert; singulär sind die 700 Käselaibe, welche von den Alpwirtschaften des Rorschacherberges als Neubruchabgabe in den Kellhof Horn zu entrichten waren (Urbar Nr. 131—137). Den Charakter von Neubruchzehnten haben auch die Abgaben, welche die Arboner Bürger für ihre in unmittelbarer Nähe von Arbon besessenen Einzelliegenschaften entrichten (Nr. 321 bis 359). Das Urbar ist darum städtegeschichtlich so bedeutsam, da es uns im Zusammenhalt mit dem jüngeren Urbare beweist, dass die Mercatores von Arbon, welche ausweislich des Stadtrechtsweistums von 1255 ihre Hofstätten zu vollfreiem Eigen besassen [36]), ausserhalb ihres Friedegrabens keinen Schuh breit Landes ihr Eigen nennen konnten. Mussten sie doch in dem genannten Weistum selbst die Zehntpflicht ihrer dem Flachufer des Bodensees durch Auffüllung abgerungenen Grundstücksparzellen anerkennen. Zehntrechtlich sind endlich eine Anzahl kleinerer Fruchtabgaben, die sich im Durchschnitt auf 4 Viertel = 1 Mutt beziffern (vgl. Urbar Nr. 80, 84 u. a. m.). Nur ein eingehender Vergleich mit dem Urbar II, welches derartige Abgaben bald Quarten oder Zufahrten, bald auch Zehnten schlechthin nennt, ermöglicht es, diese Gefälle als Zehntquarten zu erkennen, mit denen die abseits der alten Verbindungswege gelegenen Güter für die Gestattung der Durchfahrt durch grundherrliches Land belastet waren. Die Tatsache ist siedelungs-

[35]) Vgl. Nr. 86, 87, 140, 141, 143, 146—149.

[36]) Vgl. Beyerle a. a. O. S. 80.

geschichtlich insofern interessant, als sie die mit jener Abgabe belasteten Güter und Einzelliegenschaften als Neubrüche kennzeichnet und eine Erklärung zu bieten scheint für die anderwärts in Süddeutschland häufig unter dem Namen „Weglôsi" vorkommende Abgabe, auf deren offenbare Mehrdeutigkeit erst jüngst P. Schweizer im Glossar zum habsburgischen Urbar hingewiesen hat.

Der Kleinzehnt besteht in den meisten Fällen (vgl. Abschnitt X) in einer Geld- und Hühnerabgabe. Die Geldabgabe ist als Heuzehnt längst erkannt. Neben die Leistung von Hühnern treten mit einiger Regelmässigkeit die nach uraltem Brauch der Kirche zu Ostern dargebrachten Eier.

Man möchte zunächst annehmen, dass alle Arboner Güter mit den im bisherigen festgestellten Abgaben, also mit Bischofszins, Vogteilasten, Gross- und Kleinzehnten, verhältnismässig übereinstimmend belastet gewesen sein. Bei näherem Zusehen ergibt sich aber zweierlei. Einmal, dass viele ausserhalb des Arboner Grundherrschaftsgebiets, aber im Kirchspiel der St. Martinskirche gelegene Güter nur zehntpflichtig sind. Die Erklärung hiefür wurde schon gegeben. Indes auch innerhalb der eigentlichen Grundherrschaft zeigt ein oberflächlicher Vergleich der in Betracht kommenden Abschnitte des Urbars (insbes. Abschnitt I und II verglichen mit III, VIII und X), dass die erhoffte Deckung zwischen kirchlichen und weltlichen Lasten nicht vorhanden ist. Vielmehr erscheint im Kerngebiet der Arboner Grundherrschaft die Zehntfreiheit als die Regel, die Zehntpflicht als die auf besondere Gründe zurückzuführende Ausnahme.

Um in diese eigenartigen Verhältnisse Licht zu bringen, ist es nötig, die einzelnen Güter als solche nach Art, Umfang und Entstehungszeit ins Auge zu fassen. Erst dann lassen sich ihre mannigfachen Reallasten zu einem klaren Bilde ordnen. Dabei dienen als wesentliche Hilfsmittel: erstens die Grössenangaben der Güter im Urbar des 16. Jahrhunderts; zweitens die Bezeichnungen der Güter selbst; drittens das Verhältnis der ermittelten Grösse zu den Belastungen des alten Urbares. Das Ziel muss sein, Durchschnittswerte für Grösse und Normallasten der Güter zu ermitteln.

Von den 270 Örtlichkeiten des Urbares scheiden für diese Zwecke 71 Einzelliegenschaften, 99 nur gross- und kleinzehntpflichtige Güter ausserhalb der engeren Grundherrschaft und 2 versprengte Gefälle aus. Die verbleibenden 98 selbständigen Güter verteilen sich, wie folgt:

auf den Kellhof Arbon (Abschnitte I und II)	63 Güter,
auf die Güter der St. Martinskirche (III und VIII)	7 Güter,
auf den Hof Wiedehorn (V)	1 Gut,
auf den Hof Egnach (VI)	1 Gut,
auf den Hof Horn (VII)	26 Güter.

Die in Abschnitt VI fehlenden Einzelgüter des Kellhofs Egnach konnten, 11 an Zahl, aus dem Urbar II ergänzt werden. Dadurch steigt die Zahl der Betrachtungsobjekte auf 109 Güter an. Dieselben liessen sich hinsichtlich ihrer topographischen Lage bis auf eines sicher nachweisen. Unermittelt blieb nur die scopossa Lútoldi (Nr. 42).

Die grundlegenden Ergebnisse der angestellten Urbarvergleichung sind die folgenden.

Die Zinsgüter der Grundherrschaft Arbon sind ihrer grossen Mehrzahl nach geschlossene Höfe. Ihnen steht eine bescheidene Zahl von Parzellengütern gegenüber, die schon durch diese Tatsache allein sich als jüngere Einschiebsel erweisen[37]). Wenn die meisten grösseren Güter die Ackerflur innerhalb ihres geschlossenen Gutsbezirks in drei Zelgen einteilten, so geschah dies offensichtlich lediglich der Dreifelderwirtschaft, nicht eines genossenschaftlichen Flurzwangs wegen; denn Dreifelderfruchtfolge herrschte auch im Hofsystem.

Die Grösse der Güter schwankt sehr, jedoch lassen sich gewisse Durchschnittseinheiten erkennen. Legt man, wie allgemein üblich, die Zahl der Ackermorgen der Grössenstatistik zugrunde, so umfasst die Arboner Grundherrschaft

1	Gut	zwischen	90	und	100	Juchert,
1	„	„	80	„	89	„
5	Güter	„	60	„	69	„
5	„	„	50	„	59	„

[37]) In der Hauptgruppe der sich um Erdhausen anreihenden 26 Güter sind nur 2 Höfe, Nussbomen (Nr. 23) und Peiersleben (Nr. 27) Parzellengüter.

5	Güter	zwischen	40	und	49	Juchert,
4	"	"	30	"	39	"
11	"	"	20	"	29	"
25	"	"	10	"	19	"
21	"	"	7 1/2	"	9	"

Wenn es gestattet ist, diese Tabelle nach dem Massstab der Dreissigmorgenhufe zu zergliedern, so ergeben sich 2 dreihufige Güter, eine beträchtliche Gruppe zweihufiger Güter (15 zwischen 40 und 70 Morgen), eine kleine Zahl Normalhufen; die grosse Masse der Güter dagegen (59 = 72 %) bleibt an Ackerbesitz unter 30 Morgen zurück. Diese Kleingüter umfassen durchschnittlich 10—15 Morgen Ackerfeld und sind schon danach als Drittel- bis Halbhufen zu bezeichnen.

Berücksichtigt man noch, dass die Güter die Tendenz hatten, im Zeitlaufe sich eher auszudehnen als kleiner zu werden, so erweist die Statistik allein schon, dass die Grundherrschaft Arbon überwiegend in Kleingüter zerfiel, die beträchtlich hinter der freien Hufe zurückblieben, und sich daher sofort als Gütchen höriger Kolonen charakterisieren. Die Normalhufe spielt dagegen im Arboner Gebiet nur eine sehr untergeordnete Rolle, die Grossgüter decken sich zu gutem Teil mit den Kellhöfen der Grundherrschaft.

Die vorangehende Aufstellung findet in weitem Umfange Bestätigung durch die Bezeichnungen der Güter, soweit dieselben einen Hinweis auf Art und Grösse des Hofes enthalten. Das ist nicht der Fall bei den von der geographischen Lage hergenommenen Namen, ebensowenig bei den rätho-romanischen Benennungen, denen lediglich der Stempel höchsten Alters aufgeprägt ist. Die grossen Haupthöfe der Grundherrschaft heissen nicht Fronhof oder Salgut, sondern lateinisch curia (vgl. Nr. 1, 67, 123—125), deutsch Kelnhof oder Kellhof (Nr. 58).

Die Namenbildung mit Weil und Weiler, den deutschen Bezeichnungen für villa und villare, gilt als Haupterkennungszeichen grundherrschaftlicher Siedelung. Sie ist in dem Urbar ziemlich zahlreich vertreten, jedoch sehr viel häufiger im s. gallischen Teil (Abschnitt X), als im engeren Arboner Grundherrschaftsgebiet, wo sie nur zweimal vorkommt, nämlich

als „scopossa in dem Wiler“ (Nr. 63) und als Bezeichnung für das am äussersten Südwestende der Grundherrschaft gelegene Lengwil (Nr. 270).

Völlig zurück treten Hufe und mansus, welche Ausdrücke das Urbar gleichbedeutend gebraucht. Neben mehreren Hufen im St. Gallischen kennt das Urbar im engeren Grundherrschaftsverbande deren eigentlich nur fünf: Schübshub (Nr. 5), die schon zur Zeit des alten Urbars in einer Hand vereinigten zwei Hufen in Olmishausen (Nr. 14); endlich die „due hube in Winden“, heute Kügeliswinden (Nr. 45, 52, 97), die ebenfalls schon zur Zeit des Urbars verschmolzen waren. Von all diesen Gütern ist es zweifelhaft, ob sie zu den ursprünglichen Höfen der Arboner Herrschaft gehörten. Nur von einem einzigen Gut in der Arboner Grundherrschaft wissen wir, dass es bereits in karolingischer Zeit als Hufe bezeichnet wurde. Es ist das der im Urbar als curia, mithin als Salgut bezeichnete Hof Buch, welchen das Kloster St. Gallen im Ulmer Vertrage von 854 an Konstanz abtrat[38]).

Die vorherrschende Bezeichnung der Güter ist die als Schuppose — scopoza — oder Lehen[39]). Die Agrargeschichte hat in dieser über ganz Süddeutschland verbreiteten Güterbezeichnung seit den grundlegenden Forschungen von J. Mone den technischen Ausdruck für die Kleingüter grundherrlicher Höriger erkannt und ihren Umfang auf eine halbe Hufe oder darunter festgestellt. Und das stimmt trefflich zu der obigen Güterstatistik. Bemerkenswert erscheint dabei namentlich, dass in der Arboner Grundherrschaft das Wort Lehen ausschliesslich auf diese Kleingüter angewandt wird; beide Bezeichnungen, lehen und scopoza, gehen durcheinander und werden völlig gleichwertig gebraucht. Nur scheint der sprachlich schwierig zu deutende Ausdruck scopoza der ältere zu sein, da man die hörigen Zinsgüter doch wohl erst nach Anerkennung des vollen Liegenschaftserbrechts ihrer Besitzer als lehen bezeichnet haben dürfte. Eine weitere Bezeichnung für Kleingüter, der offenbar

---

[38]) Vgl. Beyerle a. a. O. 14.

[39]) Vgl. Nr. 3, 4, 42, 59, 61; anderseits Nr. 16, 18, 19, 21, 25, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 54; endlich Nr. 17, 40, 63, 64, 27, 43, 50, 65.

ein hohes Alter zukommt, ist die Zusammenkoppelung des Wortes Haus mit einem ursprünglichen Besitzer (vgl. Nr. 22, 24, 28, aber auch Nr. 58 und 74).

Siedelungsgeschichtlich besonders wertvoll ist der erhebliche Bestand von Rodungsnamen, der uns im Arboner Gebiet entgegentritt und von einer sehr beträchtlichen Ausweitung und Vermehrung der zinsbaren Höfe durch Rodungsarbeit Kunde gibt[40]). Neben den Rodungen, die sich als volle Bauernhöfe darstellen, stehen gerodete Einzelparzellen, die insbesondere das Neubruchverzeichnis des neunten Abschnitts füllen. Örtlich legen sich die Rodungsnamen um den einen Kernpunkt der Grundherrschaft, nämlich die Herrenhöfe Erdhausen und Egnach mit ihren Schupposen herum und trennen diesen von Arbon selbst und seinen Altgütern durch ein beträchtliches Waldgebiet. Der Vergleich der Rodungsnamen mit der Grössenstatistik ergibt, dass die Rodungsgüter als Neubruchland einen grösseren Umfang beanspruchten als die jahrhundertelange Kulturerde der Altgüter. Sie stehen in der Mitte zwischen den Kleingütern einerseits und den Kellhöfen andererseits und erreichen im zweiten Urbar vielfach den Umfang einer Doppelhufe.

So ist festzustellen, dass die Grösse der Güter und ihre Bezeichnungen in offenbarem sachlichen Zusammenhange stehen. Die Arborner Grundherrschaft umschliesst grosse Salhöfe, beträchtliche Rodungsgüter, eine kleine Zahl von Hufen und als Hauptmasse die Kleingüter, Schupposen oder Lehen genannt.

Nun muss es möglich sein, auch die Höhe und Art der Belastung mit der Art und Grösse der Güter in Beziehung zu setzen.

Zum Verständnis der einzelnen Reallasten, von denen uns das Arboner Urbar Kunde gibt, ist eine kurze Vorbemerkung über die in ihm angewandten Hohlmasse nötig. Die Fruchtgefälle sind nicht, wie man erwarten könnte, einheitlich nach Konstanzer oder Arboner Mass verzeichnet. Zwar die Masseinheiten sind an sich die in ganz Süddeutschland verbreiteten: Das Malter (maltrum) zerfällt als grösstes Mass normal in 4

---

[40]) Vgl. Nr. 7, 11, 13, 20, 29, 30, 34, 56, 66, 67, 77, 78 u. a. m.

Mutt (modius) zu je 4 Viertel (quartale). Diese Masseinheiten scheiden sich aber zunächst nach Orten. In unserm Urbare treten 3 örtliche Masse auf. Die vereinzelte Verwendung des nach der Stadt Wyl (Kt. St. Gallen) genannten Wyler Masses in Nr. 124 beruht auf zufälligen Ursachen. Weitaus überwiegen die Angaben nach Arboner Mass. Die Anwendungsfälle des Konstanzer Masses beschränken sich in der Hauptsache auf den Bischofszins in Abschnitt I des Urbars[41]). Insbesondere sind alle Vogtgefälle ausnahmslos in Arboner Mass angegeben. Darnach scheint es, dass das ursprünglich in Arbon wohl allein verwandte Konstanzer Mass sich nur für den seit alter Zeit fixierten Bischofszins hielt, dagegen im übrigen dem jüngern Arboner Mass weichen musste. Trotzdem das Urbar nirgends eine Angabe über das gegenseitige Verhältnis beider Masse enthält, gestattet es doch mittelbar den Schluss, dass das Arboner Mass um ein Fünftel kleiner war als das Konstanzer. Die in gleicher Fruchtart (triticum) angesetzte Kerngült des Bischofs und des Vogtes hielt sich offenbar die Wage: sie beträgt aber im Abschnitt I normal 1 Mut = 4 Viertel Konstanzer Masses bzw. 5 Viertel Arboner Masses[42]). Neuere Akten erhärten dies Verhältnis zwischen den Massen von Konstanz und Arbon.

Neben der örtlichen Scheidung der Hohlmasse geht die sachliche Doppelgliederung nach Rauhmass (Rohmass, im Urbar frechtmess) und Glattmass her, worunter man den Gegensatz nicht enthülster und enthülster Früchte verstand. Von den im Urbar vorkommenden Früchten waren Spelt und Hafer wegen der schwierigen Enthülsung des ersteren und dem blossen Fütterungszweck des zweiten ausschliesslich in Rauhmass abzuliefern, während bei Weizen (triticum) die Angaben zwischen Rauh- und Glattmass schwanken. Das auch anderwärts bestätigte Verhältnis beider Massarten ist in unserm Urbar 1 : 2. Offenbar ist die Rauhmassberechnung die ursprüngliche, in graue Vorzeit zurückreichende, während die Fruchtlieferung in Glattmass erst mit fortgeschrittenerer Technik beim Weizen zur Regel werden konnte. Unser Urbar versteht unter Kon-

[41]) Vgl. Nr. 2—4, 11, 22, 24—28, 34—42.

[42]) Vgl. Nr. 6, 10, 12, 16, 18, 19.

stanzer oder Arboner Mass schlechthin bei Weizen bereits allgemein Glattmass[43]).

Sollen nunmehr die Normalbelastungen der einzelnen Güterarten ermittelt werden, so empfiehlt es sich, hier nicht mit den grössten Gütern, den Kellhöfen, zu beginnen, deren ursprünglicher Fronhofcharakter ihren Abgaben ein Sondergepräge aufdrückt, sondern vielmehr von der grossen Masse der Kleingüter auszugehen und von da zu den grössern Gütern fortzuschreiten. Dabei mögen wiederum die weltlichen Grundherrschaften und Vogtzinse der Erörterung der Gross- und Kleinzehnten vorangestellt werden.

Es bedarf keines langen Studiums, um zu erkennen, dass die normalen Abgaben der Arboner Schupposen betragen[44]): 1 Mut oder 4 Viertel Weizenkernen Konstanzer Masses als Bischofszins, als Vogtzins zunächst die entsprechende Summe in Arboner Mass, nämlich 5 Viertel Weizen; des ferneren 7 Viertel Hafer, 10 Schilling Vogt- oder Heugeld, ein halbes ausgewachsenes Schwein oder ein ganzes Schwein im Werte von nur 3 Schilling — gegen 6 Schilling Normalwert eines Schweines —; es folgen noch anderthalb Schilling (18 Pfennige) Burgsteuer und 2 Herbsthühner. Wo, wie im Abschnitt II des Urbars, die Kernengült des Bischofs und die des Vogtes nicht auseinandergehalten sind, steht mehrfach eine Ziffer, die der Summe beider Beträge entspricht. Während in der grossen Mehrzahl aller Fälle der Bischofszins der Schuppose auf 1 Mut Konstanzer Mass = 2 Mut frechtmess sich beziffert, herrscht bei den Vogtzinsen nicht die gleiche Regelmässigkeit. Bei ihnen macht sich eine doppelte Schicht geltend. Neben einer grössern Reihe von Gütern, welche den ermittelten Normalsatz der Vogteilasten entrichteten, stehen solche, die statt einfacher Schupposenleistungen den doppelten Betrag und ausserdem im allgemeinen jährlich eine Gans zu leisten hatten[45]). Auch an

---

[43]) Vgl. 11, 13, 15, 16, 18, 21—24, 27, 28. In all diesen Fällen ist, soweit sie frechtmess und Konstanzer Mass durch ein et verbinden, dieses et für sive zu nehmen.

[44]) Vgl. Nr. 3, 4, 6, 8, 10, 12, 13, 16—28, 31—43, 48—50, 53, 59, 61—64.

[45]) Vgl. Nr. 3, 4, 8, 13, 22, 23, 27, 34, 39, 50.

Zwischenstufen fehlt es nicht, welche die Verdoppelung nur in einzelnen Posten mitmachen[46]). Die Lösung für dieses Nebeneinander von doppelten Vogteilasten bei einfach bleibendem Bischofszins liegt in der Grössenstatistik der betreffenden Güter. Die mit doppelten Vogteilasten beschwerten Güter sind ausnahmslos solche, welche an Ausdehnung sich überwiegend als Doppelschupposen mit 16—20 Morgen Ackerfeld darstellen, vereinzelt selbst an die Vollhufe heranreichen. Offenbar sind das alles Güter, die sich unter der Vogtherrschaft durch ausgreifende Rodung an Umfang verdoppelt hatten und daher die doppelten Vogteilasten einer schlichten Schuppose entrichteten, dagegen hinsichtlich des Bischofszinses auf ihrem alten Satz stehen blieben. Aber selbst unter denjenigen Kleingütern, die dem Vogte nur einfache Schupposenzinse leisteten, finden sich einige, die sich als Rodungen in Anspruch nehmen lassen. Es sind das die Güter, welche überhaupt keinen Bischofszins, sondern nur Vogtsteuern bezahlen. Erfreulicherweise befinden sich gerade in dem genauen ersten Abschnitt des Urbars 7 solcher Güter[47]).

Über den Schupposen stehen die Hufen. Die Grössenstatistik hat aber ergeben, dass der Mehrzahl der Kleingüter eine grössere Gruppe von Höfen mit über 40 Morgen Ackerfeld gegenübersteht, dass dagegen dazwischenliegende einhufige Güter nur in geringer Anzahl vorhanden sind. Unter ihnen haben wir soeben eine Gruppe kennen gelernt, bei welcher das Verhältnis von Bischofszins und Vogteilast den Beweis erbrachte, dass auch sie von Hause aus Schupposen waren und erst allmählich durch Rodung zur Hufe aufgestiegen sind. Da sich ferner unter den einhufigen Gütern eine Reihe von jüngeren Rodungsgütern befinden, so ergibt sich für dieselben die Dreigliederung in 5 bzw. 3 Althufen[48]), in 6 Rodungshufen[49]) und in die bereits erwähnten 10 durch Rodung erweiterten Schupposen.

Legt man den oben festgestellten normalen Schupposenzins

[46]) Vgl. Nr. 12, 16, 19, 24, 37, 40, 62.

[47]) Vgl. Nr. 10, 12, 20, 31—33, 43

[48]) Vgl. Nr. 5, 14, 97 mit 45 und 60.

[49]) Vgl. Nr. 9, 11, 15, 28, 30, 55.

zugrunde, so erwartet man als Hufenzins entweder das Doppelte oder das Dreifache, je nachdem die Schuppose als Halb- oder Drittelhufe aufgefasst wird. Das Urbar bietet durchgehends die doppelte Belastung der Schuppose und fügt eine Gans hinzu. Wir gewinnen daher als Hufenzins: 2 Mutt Kernen Konstanzer Mass = 4 Mutt Frechtmess Weizengült des Bischofs; als Vogtzins aber stehen da 7 Viertel Kernen, 14 Viertel Hafer, 20 Schillinge = 1 Pfund Vogt- oder Heugeld, 1 ganzes Schwein oder 6 Schillinge, 3 Schillinge Burgsteuer, 4 Herbsthühner und 1 Gans. Diese Ziffern stellen die Regel dar, insbesondere sind die 2 Mutt Bischofszins bei 2 Gütern (Nr. 11 und 15) überliefert. Wenn demgegenüber mehrere Höfe sehr viel grössere Hafergülten und Hühnerzinse entrichteten[50]), so muss das seinen besonderen Grund haben, auf den noch zurückzukommen sein wird.

Über den Hufen stehen die Doppelhufen und die an Umfang darüber hinausgehenden Grossgüter. Grossgüter waren vor allem die Kellhöfe Erdhausen (Nr. 58), Wiedehorn (Nr. 123), Egnach (Nr. 124), Horn (Nr. 125), sowie der Kellhof Arbon selbst (Nr. 1). Dazu treten die zwei Doppelhufen Buch (Nr. 67) und Kuglersgrütt (Nr. 56), ersteres ebenfalls ein altes Herrengut. Aus dem gleichen Grunde, aus welchem vorhin die erweiterten Schupposen den Hufen angereiht wurden, lassen sich hier die zusammengekoppelten Hufen Kügeliswinden und Olmishausen anfügen: insgesamt 9 Güter, von denen indes der Kellhof Arbon, für welchen im Urbar keine Zinsen ausgesetzt sind, ausscheidet.

Von der Hufe herkommend erwarten wir für die Doppelhufe doppelten Hufenzins, das wären: 4 Mutt Konstanzer Mass = 8 Mutt Frechtmess Weizengült als Bischofszins; als Vogteilasten 14 Mutt Arboner Mass Weizengült, 28 Viertel = 7 Mutt Hafer, 2 Pfund Vogt- oder Heugeld, 2 Schweine, 6 Schilling Burgsteuer, 8 Herbsthühner und 2 Gänse. In Wirklichkeit leisten die betreffenden Güter ausnahmslos beträchtlich grössere Fruchtgülten, die bis zu 20 Malter Spelt (Nr. 125) und bis zu $12^1/_2$ Malter Hafer (Nr. 124) ansteigen, daher einen durchaus eigenartigen Charakter tragen müssen. Im übrigen lassen offen-

[50]) Vgl. Nr. 5, 9, 14, 45.

bar die Kellhöfe Egnach und Horn (Nr. 124 und 125) die ursprünglichen Detailbelastungen, wenn solche vorhanden waren, nicht mehr deutlich erkennen. Dagegen stellen die Höfe Kuglersgrütt (Nr. 56), Erdhausen (Nr. 58), Buch (Nr. 67) und Wiedehorn (Nr. 123) eine Gruppe dar, welche hinsichtlich der übrigen Abgaben dem erwarteten Doppelhufenzins entspricht oder nahekommt. Sie leisten zwischen 1 und 2 Pfund Vogt- oder Heugeld, 3 von ihnen 2 Schweine, der Hof Buch die praesumierten 6 Schilling Burgsteuer, sämtliche Höfe 8 Herbsthühner, 3 von ihnen 2 Gänse. Unsere Annahme findet also hinsichtlich des grösseren Teiles der Vogteilasten Bestätigung. Ausserdem treten bei diesen Doppelhufen als neue Abgaben hinzu je 1 Mutt Bohnen und Nüsse und 2 Viertel Gerste.

Mehr Schwierigkeit als die grundherrlichen Lasten bereitet die Charakterisierung der Gross- und Kleinzehnten. Als Grosszehnten wurden schon oben die beträchtlichen Getreideabgaben erkannt, die sich in den kirchlichen Abschnitten des Urbars (III und VIII) verzeichnet finden. Ausserdem erweisen sich aber bei näherem Zusehen eine grössere Reihe von Getreidegefällen innerhalb der rein grundherrlichen Abschnitte (I, II, V, VI, VII) des Urbars als Grosszehnten. Alle Grosszehnten werden in Spelt und Hafer bzw., soweit es sich um Einzelliegenschaften handelt, je nach der Bestellung in Spelt oder Hafer mit freibleibendem Drittjahr geleistet. Dabei tritt der Haferzehnt gegenüber dem Speltzehnt um ein Drittel und noch mehr zurück[51]), eine Erscheinung, die sich aus dem Verhältnis des gegenseitigen Fruchtertrags ohne weiteres erklärt. Dass als Zehntfrucht durchgehends die auf geringwertigem Boden baufähigen Fruchtarten Spelt und Hafer geleistet werden, ist eine allgemeine Erscheinung und dürfte sich zum Teil daraus erklären, dass sich unter den zehntpflichtigen Gütern viel Neubruchland findet.

Denn bei weitem nicht alle Güter, die das Urbar nennt, sind grosszehntpflichtig. Ausserhalb des engeren Grundherrschaftsgebietes nur das abgelegene Leutswil (Nr. 90), einige zu Horn geschlagene Höfe (Nr. 127—130) und noch mehrere Güter im

---

[51]) Vgl. Nr. 58, 67, 123, 124, 125.

St. Gallischen und auf Roggwiler Boden [52]). Innerhalb des engeren Gutsherrschaftverbandes ist die Grosszehntpflicht ebenfalls die Ausnahme. Fünfzig Güter, darunter sämtliche alten Schupposen, sind grosszehntfrei, ohne dass im entferntesten angenommen werden könnte, als seien etwa die Grosszehnten der Mehrzahl der Höfe schon vor dem 13. Jahrhundert vom Bistum veräussert worden. Vielmehr muss bei ihnen aus dem Fehlen der Grosszehnten geschlossen werden, dass die Belastung mit Grundzins und Vogteiabgaben so erheblich war, dass daneben die Auflage eines Grosszehnten sich nicht durchführen liess. Demgegenüber gehören die grosszehntpflichtigen Güter ganz bestimmten Gruppen an.

Als solche ergeben sich einmal die Salgüter der Herrschaft, das sind die Kellhöfe Erdhausen (Nr. 58), Egnach (124) und Horn (125), daneben die Doppelhufen Buch (64) und Wiedehorn (123) und das Salgut Winzelnberg (Nr. 59). Alle diese Salhöfe ragen durch ihre erheblichen Spelt- und Hafergefälle hervor, dieselben können nur Grosszehnten sein, wie der Vergleich mit den kirchlichen Abschnitten des Urbars und eine noch anzustellende verwaltungsgeschichtliche Betrachtung mit Bestimmtheit ergeben.

Grosszehntpflichtig sind ferner die Widemgüter der St. Martinskirche Arbon (Nr. 72—75, 315). Das Widemgut zu Steinebrunn (Nr. 315) erscheint allerdings bereits im alten Urbar der Herrschaft der Hauptsache nach entfremdet zu sein. Die übrigen, längs der alten Römerstrasse benachbart liegenden Widemgüter Fezisloh, Frasnacht, Ringenzeichen und Stockershaus (im Urbar Speltenhus) sind mit beträchtlichen Spelt- und Hafergefällen belastet, also offenbar gegen Grosszehnten ausgetan. Sie sind mithin den grundherrlichen Salgütern gleichgestellt, was sich aus der Jahrhunderte alten Inkorporation des Arboner Kirchgutes in die bischöfliche Grundherrschaft leicht versteht.

Es verbleibt noch eine dritte Gruppe grosszehntpflichtiger Güter, die sämtlich im Südwesten der Erdhauser Altgüter gelegen sind. Jenes Gebiet ist uns schon oben bei Erörterung der Güternamen als Rodland begegnet. Wir werden daher nicht fehlgreifen, wenn wir in den beträchtlichen Getreidegefällen jener

[52]) Vgl. Nr. 139—41, 143, 158, 159.

Güter Grosszehnten erblicken. Hierher gehören die Güter Schübshub (Nr. 5), Raach (Nr. 7 mit Nr. 79), Moos (Nr. 9 mit Nr. 76), Olmishausen (Nr. 14), Kapferslehen (Nr. 54), Kuglersgrütt (Nr. 56), Hegi (Nr. 77), Siebeneichen und Baumannshaus (Nr. 78). Als grosszehntpflichtige Einschiebsel im Erdhauser Siedelungsgebiet stellen sich die Güter Nussbomen (Nr. 23 mit Nr. 88) und Gaisshäusern (Nr. 24 mit Nr. 65 und Nr. 156) dar. Dem Rodungsgebiet zwischen Arbon und Erdhausen gehören die beiden grosszehntpflichtigen Kleingüter Vorder- und Hinterkratzern (Nr. 32, 33 mit 81) an. Unter den erwähnten Gütern sind die beiden Kratzern, Kapferslehen, Nussbommen und Gaisshäusern die einzigen Schupposen, welche Grosszehnten entrichten.

Der Vergleich der Grosszehnten im einzelnen ergibt, dass auch diese Abgabe naturgemäss zu der Grösse des Gutes im Verhältnis steht. Die grosszehntpflichtige Doppelhufe ist durchschnittlich mit 12 Malter Spelt und 7—8 Malter Hafer belastet [53]), die Hufe entrichtet 4—5 Malter Spelt und Hafer [54]), die Schuppose 1—2 Malter Spelt und Hafer [55]). Innerhalb der grosszehntpflichtigen Hufen bilden die benachbart liegenden Güter Schübshub (Nr. 5), Olmishausen (Nr. 14), Kügeliswinden (Nr. (45) und Moos (Nr. 9) eine Sondergruppe, in welcher als Grosszehnt von der Hufe nur 3 Malter Hafer und 5 Hühner entrichtet werden. Es liegt offenbar ein unter gleichheitlichen Bedingungen in Anbau genommenes Rodungsgebiet vor, woraus sich der mässigere Zehntbetrag und seine Beschränkung auf Hafer einfach erklärt.

Auch der Kleinzehnt belastete nicht alle Güter. Während er zwar ausserhalb des engeren Grundherrschaftsverbandes überall eingehoben worden zu sein scheint (Urbar Nr. 190—287) zeigt sich, dass innerhalb desselben der grösste Teil der Schupposen kleinzehntfrei war. Der Kleinzehnt steht darin in offenbarer Parallele zum Grosszehnt, er tritt meist da auf, wo auch Grosszehnt entrichtet wird. Mit Kleinzehnt belastet sind die Salgüter Egnach (Nr. 296), Buch (Nr. 298) und Wiedehorn (Nr. 299), die Doppelhufe Kuglersgrüt (Nr. 306), die Hufen Landquart (Nr. 245),

[53]) Vgl. Nr. 56, 58 (dreihufiges Gut Erdhausen!), 67 und 123.

[54]) Vgl. Nr. 7 mit 79, 9 mit 76, 23 mit 88, 24 mit 156, 77, ausserhalb der Grundherrschaft 158, 159.

[55]) Vgl. Nr. 54, 65, 71, ausserdem Nr. 81 (zwei Schupposen!).

Glusenhaus (Nr. 292, zwei Schupposen!), Kügeliswinden (Nr. 272 und 273), Mittelberg (Nr. 288); von den Widemgütern Frasnacht (Nr. 301); von den Schupposen die 6 Schupposen des Kellhofs Arbon (Nr. 346, entrichten nur halben Kleinzehnt!), Stachen (Nr. 285), Buhberg (Nr. 307), Birmoos (Nr. 290), Kratzern (Nr. 300), Mossen (Nr. 294), Attengärtli (Nr. 289), Hagenbuch (Nr. 320), Peierslehen (Nr. 295), Schochenhaus (Nr. 291) und Luxburg-Staad (Nr. 297). Im ganzen macht die Kleinzehntpflicht einen ziemlich regellosen Eindruck. Gleichwohl ist auch hier eine gewisse Norm zu erkennen. Sie beziffert sich für die Hufe auf 5 Schilling (Heugeld) und 5 Hühner, für die Schuppose auf 18 Pfennige = $1^1/_2$ Schilling = der grundherrlichen Burgsteuer.

Für die Verwaltung der Grundherrschaft Arbon lassen sich aus dem Urbar im Zusammenhang mit der sonstigen Überlieferung folgende Sätze aufstellen. An der Spitze stand der Villicus als grundherrlicher Hofrichter[56]); das Amt brachte seinen Inhaber zu Ehren, es wurde langezeit von der nachgeborenen Linie der Ministerialen von Arbon, genannt Im Kilchhof, bekleidet[57]).

Unter dem Villicus standen die Cellerare als unmittelbare Wirtschaftsbeamte, die von Hause aus den Salhöfen vorgesetzt waren und deren Felder durch die Fronden der Schupposenbesitzer bestellten. Das Urbar kennt innerhalb des engeren Grundherrschaftsgebietes ausdrücklich 6 Cellerare, von denen 5 nach den Kellhöfen Arbon (Nr. 1), Erdhausen (Nr. 318), Egnach (Nr. 296), Wiedehorn (Nr. 147) und Horn (Nr. 203) benannt sind. Der ferner genannte „cellerarius uf dem Rûte“ (Nr. 306) muss wahrscheinlich auf das grosse Rodungsgut Kuglersgrütt (Nr. 56) bezogen werden. Der Bauer des alten Salgutes Buch (Nr. 67) ist dagegen nirgends als Cellerarius aufgeführt. Man würde indes völlig fehl gehen, wenn man annehmen wollte, dass die mit dem Namen Cellerar belegten Bauern zur Zeit des Urbars noch Wirtschaftsbeamte des Sallandes im alten Sinne gewesen seien. Ein Blick in das Urbar erweist, dass allein der Kellhof Arbon (Nr. 1) noch in Eigen-

[56]) Stadtrecht von 1255 § 27.

[57]) Vgl. Beyerle a. a. O. S 42.

bewirtschaftung der Herrschaft gestanden haben muss, da bezüglich seiner keine Zinsen ausgesetzt sind. Die übrigen Kellhöfe wie auch die Höfe Buch und Kuglersgrütt entrichten feste Leistungen wie alle anderen Güter; ihre Besonderheit besteht nur darin, dass sie ausser den verhältnismässigen Hebungen einer Doppelhufe auch noch Grosszehnten in gemessenen Beträgen zu entrichten hatten. Also war zur Zeit der Abfassung des Urbars, wie anderwärts so auch in der Grundherrschaft Arbon, die Eigenbewirtschaftung der Fronhöfe in der Hauptsache bereits aufgegeben, ihre Bauern waren zur Selbständigkeit aufgestiegen. Sie führten den alten Namen weiter und dürften trotz der Übernahme der Grosszehntpflicht sich bei ihrem Aufsteigen verbessert haben, da sie gewiss weniger ablieferten, als sie zur Zeit ihres reinen Beamtentums abzuliefern gehabt hatten.

Auch für das anderwärts beobachtete Zwischenstadium zwischen Fronhofwirtschaft alten Stiles und völligem Eigenbetrieb der Kellhofbauern, welches die Fronhöfe wenigstens noch als zentrale Hebungsstellen aufrecht hält, durch die die Leistungen der abhängigen Güter eingezogen werden, finden sich im Urbar einige Spuren. Als solche Hebungsstellen treten die Kellhöfe Egnach (Nr. 124) und Horn (Nr. 125) auf, dagegen ist der Kellhof Erdhausen (Nr. 58) bereits dieser Eigenschaft entkleidet und gleiches gilt von den Gütern Wiedehorn, Buch und Kuglersgrütt, von denen es im Gegensatz zu Erdhausen übrigens fraglich ist, ob sie jemals mit leistungspflichtigen Kleingütern umgeben waren. Immerhin bleibt zu beachten, dass der Kellhof Erdhausen mit einem grossen Teile seiner Schupposen im Urbar vom Kellhof Arbon äusserlich getrennt, nämlich dem zweiten Abschnitt zugeteilt ist. Ein anderer Teil der Erdhauser Güter (Nr. 16—27) ist im ersten Abschnitt zum Kellhof Arbon geschlagen. Indes auch der Kellhof Arbon konnte auf die Dauer dem Schicksal der andern Frongüter nicht entgehen. Ohne dass eine nähere zeitliche Festsetzung möglich wäre, ergibt das Urbar II, dass zwischen dem 13. und 16. Jh. wenigstens die Ackerflur des Kellhofs Arbon und die zum Kellhof Arbon gehörende Herrschaftsmühle Stachen von der Herrschaft gegen Zehnt ausgetan werde. Allerdings nicht

in einem Stück, vielmehr kam die Grundherrschaft durch starke Parzellierung der Arboner Kellhofäcker dem Bedürfnis der Arboner Bürger und Kleinbauern nach Einzelliegenschaften entgegen [58]). Die in Urbar II zum Arboner „Hofzehnten" gehörigen 46 Parzellen umfassen ungefähr 50 Morgen Ackerfeld in drei Zelgen, ein Beweis, dass auch der Kellhof Arbon eine Doppelhufe war. In Eigenbewirtschaftung der Grundherrschaft verblieben vom Kellhof Arbon nach dieser Aufteilung nur noch die Wiesen, das sind nach Urbar II 17 Mannsmad und der grosse zusammenhängende Komplex des Arboner Brühls.

Andere in Eigenbewirtschaftung stehende Güter ausser dem Kellhof Arbon (Nr. 1) sind im alten Urbar nicht genannt. Und doch gab es solche, die lediglich das als Zinsbeschrieb gedachte Urbar nicht verzeichnet hat. Das sind zunächst die Reste des Arboner Forstes [59]), die als grundherrlicher Wald die Zeit der grossen Rodungen überdauert haben und denen nach Ausweis jüngerer Akten der Forster oder Untervogt vorgesetzt war, ein Amt, das wir unbedenklich in höchstes Alter hinaufrücken und mit dem forestarius der karolingischen Wirtschaftsordnung in Parallele setzen dürfen. Der Herrschaftswald befand sich an zwei Stellen des Arboner Gebietes verteilt. Die Wälder Stacherholz, Meereichenholz und Seemoosholz mit zusammen 210 Juchart (nach Urbar II) liegen in der Nähe von Arbon, zwischen diesem und dem Egnacher Gebiete. Dagegen befinden sich die als Forst bezeichneten Wälder von Olmishausen, Schübshub und Burkartsulishaus mit zusammen 220 Juchart am West- und Südrande der Grundherrschaft.

In Eigenbetrieb des Bistums verblieben aber auch die beiden Weingüter Winzelnberg bei Erdhausen und Bodmer (von Bodmaner = der Weinberg des Herrn von Bodman, vgl. oben S. 77, 79) bei Arbon. Das Rebgut zum Bodmar umfasste 3 Juchart, dasjenige von Winzelnberg war annähernd viermal so gross; auch war mit Winzelnberg ein kleines Salgut (Nr. 57) verbunden, das aber schon im Urbar I gegen Grosszehnt und einige andere Abgaben ausgetan war.

[58]) Vgl. oben S. 88.

[59]) Vgl. Beyerle a. a. O. 27 ff.

Die Bewirtschaftung dieses Restes von grundherrlichem Eigenbetrieb erfolgte auf Grund der Frondpflicht. Über dieselbe liegen in Urbar II und in neueren Akten genaue Verzeichnisse vor. Da sich Zahl und Grösse der Güter zwischen dem 13. und 16. Jahrhundert kaum verschoben haben und nur die Eigenwirtschaft der Äcker des Kellhofs Arbon in der Zwischenzeit aufgegeben wurde, sind die Angaben des II. Urbars unbedenklich auch in diesem Punkte zur Ausfüllung der hier vom alten Urbar gelassenen Lücke heranzuziehen. Während es keinem Zweifel unterliegt, dass die volksrechtliche Frondpflicht kirchlicher Höriger (l. Alamannorum cap. 21) in alter Zeit auch für die Bestellung des Arboner Sallandes Mass gab, gruppieren sich die Frondpflichten des Urbars II ausschliesslich um die Wiesen im Brühl, um die beiden genannten Rebgärten und um die Holzabfuhr aus dem Herrschaftswald. Dabei waren auch die Bauern der alten Kellhöfe und Salgüter zu Fronden verpflichtet. Nur der Kellhof Egnach, das Salgut Winzelnberg, die Widemgüter der Arboner Kirche und einige der Grundherrschaft zwischen dem I. und II. Urbar entfremdeten Güter waren frondfrei. Die einzelnen Frondleistungen sind die folgenden. Die pflichtigen Bauern hatten von Brühl- und Vogtswiese das Heu in den Schlossstadel zu führen. Sie hatten für das Rebgut Bodmer Mist zu liefern, den Rebberg umzugraben und vor der Reife den Boden nochmals zu lockern (sog. Falg oder letzte Haue) und Arbeiter zum Einherbsten (sog. Wimmler) zu stellen. Dieselben Arten von Rebfronden waren auch für das Rebgut Winzelnberg zu leisten. Bei der Entlegenheit desselben von Schloss Arbon kamen hier indes als weitere Frondpflichten hinzu: das Hinausfahren der Rebstecken, leeren Fässer und sonstigen Herbstgeräte auf den Winzelnberg, sowie das Einbringen der gefüllten Fässer vom Winzelnberg in den Schlosskeller zu Arbon. Die Holzabfuhrpflicht aus dem Forst wurde schon genannt. Für das Gut Bodmer und die Heuarbeit im Arboner Brühl waren hauptsächlich die Güter frondpflichtig, die zum Arboner Kellhof in Abhängigkeit standen. Für Winzelnberg sind die meisten Höfe der Grundherrschaft frondpflichtig, mithin nicht nur die zum benachbarten Salhof Erdhausen gehörigen. Die Holzabfuhr verteilte sich auf 34 Höfe, die zusammen 88 Fuder

(= Grossladungen) einzubringen hatten. Insbesondere nahmen fast alle Altgüter an dieser Holzfrond teil, ein deutlicher Hinweis auf ihr hohes Alter. Die normale Frondpflicht betrug für die Schupposen um Arbon: 3 Fuder Mist, 2 Tagwerke Umgraben, 1 Tagwerk letzte Haue und 1 Wimmler für das Rebgut Bodmar, ausserdem Heufuhren vom Brühl. Für die Erdhauser Schupposen lassen sich als Norm aufstellen: 2 Fuder Mist, 2 Tagwerke Umgraben, 1 Tagwerk letzte Haue und 1 Wimmler für das Rebgut Winzelnberg; ausserdem hatten diese Kleingüter Stecken auf den Winzelnberg zu fahren und zur Einbringung der gefüllten Weinfässer ein Gespann zu stellen, endlich 2 Fuder Holz (= 2 Fuhren) aus dem Herrschaftswald in das Schloss Arbon zu fahren. Die grossen Höfe leisteten die doppelten bis dreifachen Fronden der Schupposen.

Die vorangehende Untersuchung der Arboner Urbare setzt uns instand, die Entwickelung des Arboner Bistumslandes zunächst für das hohe und spätere Mittelalter klar zu erkennen. Die vorgenommene Klassifizierung der Zinsgüter gestattet aber noch mehr, nämlich die Rekonstruktion der karolingischen Grundherrschaft Arbon. Dabei gilt es, die als ursprünglich erkannten Güter herauszuheben, ihren Umfang nach den ermittelten Durchschnittswerten festzulegen, die offensichtlich jüngeren Güter, vor allem die Rodungsgebiete auszuscheiden. Zieht man auch die letzteren heran und berücksichtigt weiter die zahlreichen Vergrösserungen alter Schupposen, die uns begegnet sind, so muss es möglich sein, auch den Anteil des hohen Mittelalters und der Arboner Vögte an der Urbarmachung des Arboner Bodens ziffermässig zu erfassen.

Die karolingische

Villicatio Arbonensis

muss folgendes Bild geboten haben.

I. Curia cellerarii Arbonensis.

Zum Kellhof Arbon (Nr. 1) gehörten zunächst die um ihn liegenden 6 Schupposen des grundherrlichen Dorfes Arbon selbst (Nr. 35—40); ferner die im alten Urbar nicht genannte, weil in Regie gehaltene kleine Herrschaftsmühle Stachen; endlich 4 Schupposen (Nr. 3, 4, 48, 49) und eine Mühle (Nr. 49) in

Feilen, Speiserslehen und Stachen und der Hof Landquart (Nr. 2). Alle letztgenannten Güter liegen am römischen Strassenzug von Chur nach Arbon in der Niederung zwischen den st. galler Anhöhen und Arbon selbst. Das Gebiet des Kellhofs Arbon mit den genannten 11 Schupposen, 2 Mühlen und 1 grösseren Hofe repräsentiert einen Ackerbestand von rund 50 Morgen Salland und 145 Morgen Zinsland, beider Verhältnis ist demnach 1 : 3.

II. Curia cellerarii in Erchhusen.

Der grösste Komplex von Altgütern gruppiert sich um den Kellhof Erdhausen (ursprünglich Erchhusen). Selbst ein Dreihufengut (Nr. 58) hat es als Salland neben sich das 10—12 Morgen grosse Rebgelände nebst einem kleinen Bauerngut (Nr. 57) auf dem Winzelnberg. Als abhängige Hörigengütchen treten 20 Schupposen hinzu. Das sind die vier offenbar uralten Schupposen in Gristen (Nr. 16—19), ferner Schernlehen (Nr. 21), Schochenhaus (Nr. 22), Mossen (Nr. 26), Glusenhaus (duo lehen! Nr. 25), Gaisshäusern (Nr. 24), Herzogsbach (Nr. 64), Weilen (Nr. 63), Elden (Nr. 61), Englen (Nr. 59), Ackermannshub (Nr. 62), Isel (Nr. 43), Watzenlehen (Nr. 54), Walthershaus (Nr. 41), Mölsrüti (Nr. 13) und Täschliberg (Nr. 8). Die genannten Güter liegen an dem römischen Strassenzug, der von Arbon ins Thurtal führt bzw. in dessen nächster Nähe, nur die beiden zuletzt genannten abseits in südlicher und südwestlicher Richtung. Das Gebiet des Kellhofs Erdhausen umfasst danach an Ackerfeld rund 100 Morgen Salland und 240 Morgen Zinsland, beider Verhältnis ist hier 1 : 2,5.

III. Curia cellerarii in Egnach.

Das im einzelnen aus Urbar II zu erschliessende Gebiet des Kellhofs Egnach (Nr. 124) begreift ausser diesem selbst eine Mühle, eine Hufe und fünf mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit der ursprünglichen Gutsverfassung zu vindizierende Schupposen. Die Güter liegen an der Römerstrasse, die sich von Arbon längs des Seetales in der Richtung nach Konstanz hinzieht. Das Ackerareal von Egnach dürfte sich für die alte Zeit auf 50 Morgen Salgut und 90 Morgen Zinsgüter beziffert haben.

IV. Curia cellerarii in Wiedehorn.

Dem Kellhof Wiedehorn (Nr. 123) vermag ich mit einiger Bestimmtheit nur das für die Karolingerzeit urkundlich belegte Salgut Buch (Nr. 67) zuzuweisen. Beide Güter liegen an der Römerstrasse zwischen Egnach und Arbon und es scheint, dass von ihnen die Rodung des Waldgebietes zwischen Arbon und Egnach-Erdhausen ihren Ausgang genommen habe. Die beiden Fronhöfe für sich allein repräsentieren 120 Morgen Ackerfeld.

V. Curia cellerarii in Horn.

Zum Kellhof Horn (Nr. 125) gehören seit alter Zeit eine Mühle (Nr. 205) und die sog. 14 Lehen (Nr. 126), alte Schupposen, die den Normalzins von 1 Mutt Kernen dem Bischofe entrichteten. Das hohe Alter dieser am Bodensee zwischen Steinach und Rorschach gelegenen Güter ergibt sich schon daraus, dass sie sich der in der Karolingerzeit einsetzenden Umklammerung St. Gallens zu entziehen vermocht haben. Horn ist bis heute thurgauische Enklave im Kt. St. Gallen. Das Urbar II weist dem Kellhof Horn 83 Morgen, den 14 Lehen zusammen 106 Juchart Ackerfeld zu. Es will fast scheinen, als habe hier der Kellhof sich auf Kosten alter Schupposen bereichert, da eine Durchschnittsberechnung dem Kellhof 60 Juchart, den 14 Lehen 144 Juchart, zusammen 204 Juchart Ackerfeldes zuweisen müsste, in welchem Falle das Verhältnis von Salland zu Zinsland 1 : 2,5 betragen würde.

VI. Dos ecclesiae.

Der alte Arboner Pfarrwidem umfasst die drei grösseren Güter Frasnacht (Nr. 72), Ringenzeichen (Nr. 75) und das früh abhanden gekommene Steinebrunn (Nr. 315, nach dem dort verzeichneten Kleinzehnt eine Hufe), ferner die beiden Schupposen Fezisloh (Nr. 73) und Stockershaus (Nr. 28, 74). Davon liegen die Höfe Frasnacht, Ringenzeichen, Fezisloh und Stockershaus nahe beieinander, an oder zwischen der Gabelung der beiden von Arbon westlich führenden Römerstrassen; sie stellen die Verbindung her zwischen den Gutskomplexen von Arbon und Erdhausen. Dagegen liegt der Widem Steinebrunn am Westrande der Grundherrschaft, jenseits Erdhausen, an der Römer-

strasse nach Pfin. Die Widemgüter stellen einen schätzungsweisen Ackerbesitz von 114 Morgen (3 × 30 und 2 × 12) dar.

Fasst man die grösseren Widemgüter als Salgüter, die kleineren als Schupposen auf, wozu die Grosszehntpflicht derselben berechtigt, so beträgt der gesamte rekonstruierte karolingische Ackerbesitz 1113 Morgen, wovon 470 dem Salland, 643 dem Zinsland zuzuweisen wären.

Die Zeit bis zum Urbar des beginnenden 14. Jhs. hat demgegenüber eine sehr beträchtliche Vermehrung geschaffen.

Sie hat zu den 16 ermittelten Altgütern des Kellhofs Arbon, zu denen wegen des Ineinandergreifens der Abschnitte I und II des Urbars die 22 Güter des Kellhofs Erdhausen alsbald zu stellen sind, in weitausgreifender Rodungsarbeit neben zahlreichen Einzelrodungen 31 Neugüter geschaffen, mithin die ursprüngliche Zahl fast verdoppelt. Es gehören hierher die zwei Schupposen Kratzern (Nr. 32, 33), die bald erweiterte Schuppose Steineloh (Nr. 34), die Schupposen Weggut (Nr. 31), Stocken (Nr. 20), Attengärtli (Nr. 53) und Birmoos (Nr. 12); ferner die zum Teil sehr beträchtlichen Rodungshöfe Holz (Nr. 30), Ringenzeichen (Nr. 29), Riedern (Nr. 89, früh entfremdet), Siebeneichen und Baumannshaus (Nr. 78), Häuslen (Nr. 51, früh entfremdet). Schübshub (Nr. 5), Azenholz (Nr. 56, früh entfremdet), Langenmoos (Nr. 6, heute nur Gewanname Mooszelg), Kügeliswinden (2 Hufen, Nr. 96), Raach (Nr. 7), Hegi (Nr. 77) und Hegi-Mühle, Mittelberg (Nr. 55), Attenrütti (Nr. 11), Moos (Nr. 9), Buhberg (Nr. 10), Kuglersgrütt (Nr. 56) und Olmishausen (Doppelhufe (Nr. 14); endlich in nächster Nähe des Kellhofs Erdhausen, zum Teil in dessen Altgüter eingesprengt die Güter Nussbomen (Nr. 23), Peierslehen (Nr. 27) und Kesslersbach (Nr. 15). Diese 31 Neugüter allein umfassen eine Ackerfläche von annähernd 932 Morgen. Dazu treten die 14 Altschupposen (Nr. 3, 4, 8, 12, 13, 16, 19, 22, 24, 37, 39, 40, 50, 62), die nach Ausweis des Urbars erhöhte Vogteilasten tragen und daher durchschnittlich ihre Ackerflur verdoppelt haben, was einen Ackerzuwachs von annähernd 168 Morgen bedeutet.

Zu den 8 Altgütern des Kellhofs Egnach treten 4 Güter in dem Rodungsgebiet Langgrüt mit zusammen 109 Juchart Acker (aus Urbar II erschlossen), zu den 16 Altgütern des Hofes

Horn kommen 4 Novalhufen (Nr. 127—130) und 6 Alpwirtschaften (Nr. 131—137) hinzu. Davon ist die Ackerflur der ersteren auf 120 Morgen anzuschlagen.

Das Ergebnis ist, dass zu den 68 ursprünglichen Gütern 45 Neugüter, zu den 1113 Morgen ursprünglichen Ackerlandes 1429 neue Ackermorgen getreten sind. Als im Jahre 1707 bei Gelegenheit von Verkaufsverhandlungen über die Arboner Herrschaft eine statistische Aufnahme stattfand, zählte man im Egnacher Gebiet jüngeren Begriffs allein, mithin unter Ausschluss von Arbon und Horn, 65 Güter mit 300 männlichen erwachsenen Bewohnern. Danach liesse sich schätzungsweise die Gesamtbevölkerung des Egnach auf rund 1000 Menschen angeben. Zur Bildung ländlicher Gemeinden war es innerhalb der Grundherrschaft Arbon z. Zt. des Urbares noch nicht gekommen. Die streng durchgeführte Hofsiedelung bot dazu wenig Veranlassung, grundherrschaftliche Allmenden waren so gut wie nicht vorhanden, da jeder grössere Hof sein eigenes Waldstück besass. Erst im Beginn des 16. Jhs. setzen deutliche Zeugnisse für die Entstehung der Landgemeinden ein, die nachmals und heute die Arboner Herrschaft unter ihre Markungen verteilt haben.

Wir stehen am Schlusse. Zwei noch nicht gelöste Fragen sind von hohem Reize. Kapitel 21 der Lex Alamannorum zählt die Leistungen auf, welche kirchliche Unfreie ihrem geistlichen Grundherrn zu entrichten hatten. Man sollte meinen, dass man, wenn irgendwo, zu Arbon auf dem richtigen Boden stände, um die Anwendung jener Bestimmungen in der Praxis zu erproben. Indes gelingt der Versuch nur hinsichtlich des oben festgestellten Bischofszinses der Schuppose von 2 Mutt Frechtmess = 1 Mutt Konstanzer Glattmasses. Der Servus ecclesiae der l. Al. leistet wirklich ‚pane modia duo'. Dass die Bierabgabe der genannten Quellenstelle in unserem Urbar nicht vorkommt, kann nicht auffallen, da nach Ausweis der Urkundenstatistik von Caro die Bierzinse in den St. Galler Urkunden seit 850 verschwinden, mithin das germanische Bier als Volksgetränk am Bodensee durch Obstmost und Wein verdrängt zu werden anfing.

Noch wäre zu prüfen, inwieweit in den ermittelten Altgütern der Herrschaft Arbon Elemente römischer Gutsverfassung weiterleben. Denn wir haben ein Gebiet erforscht, das römische

Kultur jahrhundertelang in Anbau genommen hatte. Indes der deutsche Rechtshistoriker räumt hier berufeneren Kennern der antiken Siedelungsformen das Feld und bescheidet sich damit, mit den Mitteln seiner Wissenschaft das mittelalterliche Bild seines Untersuchungsfeldes aufgewiesen und soweit zurückverfolgt zu haben, als dies urkundliche Überlieferung und kritische Würdigung des topographischen Befundes gestatten.

Beilage.

Aus dem Urbar des Hochstifts Konstanz saec. XIV, Generallandesarchiv Karlsruhe, Beraine Nr. 4657 pag. 24—39.

I.

Isti sunt census et advocacia super curiam cellerarii Arbonensis.

[1.] Item curia cellerarii Arbonensis.

[2.] Item Lanchwatte VI quart. tritici mensure Constanciensis pro censu, et pro advocacia X quart. tritici, V modios avene mensure Arbonensis, XXVI sol. VI den., unum porcum et dimidium, IIII sol. VI den. pro castro, IIII pullos et unam aucam.

[3.] Item scopossa Stachali Ber. dictus Ortwin III quart. tritici mensure Constanc., et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., X sol. den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[4.] Item ibidem scopossa Ortwin V quart. tritici mensure Constanc. pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XII sol. den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[5.] Item Schûbshûbe III maltra et III mod. avene mensure Arbonens. et V pullos pro censu et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene eiusdem mensure, XX sol. den., item duos porcos, quorum unus valere debet X sol. et alter III sol., item III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[6.] Item Langenmose V quart. tritici Arbonens. mensure pro censu et pro advocacia I mod. tritici, VII quart. avene

mensure Arbonens., XI sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[7.] Item ab der Aiche pro advocacia III quart. tritici, II mod. avene, III sol. VIII den., I sol. pro porco et VI den. de castro.

[8.] Item Wissaberg VI quart. tritici frechtmess pro censu et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XIIII sol. den., unum porcum, III sol. de castro, III pullos et aucam.

[9.] Item Mose III maltra et III mod. avene mensure Arbonens. et V pullos pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene eiusdem mensure, XX sol. den, II porcos, quorum unus valere debet VI sol., alter III sol.; item III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[10.] Item Bůbenberg pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonensis, X sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[11.] Item Attenrůtte II mod. tritici mensure Constanc. et IIII mod. tritici frechtmess pro censu et pro advocacia XI quart. tritici, III mod. avene mensure Arbonensis, XX sol. den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[12.] Item Birmotz pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., XV sol. et VI den., dimidium porcum, III sol. de castro, II pullos.

[13.] Item in der Růti II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XVI sol. den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[14.] Item II mansus in Olmershusen VII maltra et II mod. avene mensure Arbonens. et X pullos pro censu, et pro advocacia IIII mod. et II quart. tritici, VII mod. avene eiusdem mensure, II lib. XIIII sol. VI den.; IIII porcos, quorum duo valere debent XII sol. et duo VI sol., et VI sol. de castro, VIII pullos et II aucas.

[15.] Zem Bach IIII mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonensis, XX sol. den., I porcum, VII sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[16.] Item ab Gristin Curzmanslehen II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonensis, IX sol. VI den., dimidium porcum, III sol. de castro et II pullos.

[17.] Item ibidem feodum dictum Schússellehen CL scutelle pro censu, et pro advocacia VII quart. avene mensure Arbonens., X sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro, et II pullos.

[18.] Item ibidem Vôgelinslehen II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonensis, IX sol. den., dimidium porcum, III sol. et VI den. de castro et II pullos.

[19.] Item Lürislehen II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., IX sol., dimidium porcum, III sol. VI den. de castro, et II pullos.

[20.] Item Stockach pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonensis, IX sol. VI den., dimidium porcum et XVIII den. de castro.

[21.] Item Schernlehen II mod. tritici frechtmez pro censu, et pro advocacia I mod. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., V sol. den., dimidium porcum, III sol. et VI den. de castro et II pullos.

[22.] Item Schochenhus I mod. tritici mensure Constanc. et II mod. tritici frechtmez pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XXII sol. VI den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[23.] Item Nusbomen II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., X sol. den., I porcum, VII sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[24.] Item Gaisshúsern I mod. tritici mensure Constanc., II mod. tritici frechtmes pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., XIII sol. den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[25.] Item duo lehen dicti Åmeretz VII quart. tritici mensure Constanc., XIIII quart. tritici frehtmess pro censu, et

pro advocacia X quart. tritici. V mod. et II quart. avene mensure Arbonensis, XX sol., I porcum et dimidium, IIII sol. et VI den. de castro, VI pullos et aucam.

[26.] Item Bertholdus im Mose I mod. tritici mensure Constanc. pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., XIII sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[27.] Item an dem Lehen I mod. tritici mensure Constanc. et II mod. tritici frehtmes pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XX sol. den., I porcum, IIII sol. VI den. de castro, IIII pullos et aucam.

[28.] Item Speltenhuss pertinens ecclesie Arbonensi II quart. tritici mensure Constanc. et I mod. tritici frehtmess pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, III mod. avene mensure Arbonens., X sol. den., dimidium porcum, III sol. et VI den. de castro, II pullos.

[29.] Item Rinolzaich pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonensis, XX sol., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[30.] Item in dem Holze pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XX sol. den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[31.] Item am Wege pro advocacia V quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XII sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro, et II pullos.

[32.] Item dicta Krazzerun pro advocacia I mod. tritici, II mod. avene mensure Arbonens., XII sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro, et II pullos.

[33.] Item Krazzerun secundum pro advocacia V quart. tritici, II mod. avene mensure Arbonens., XV sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[34.] Item Steiniloch I mod. tritici mensure Constanc. pro censu et pro advocacia V quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., X sol. den, I porcum, III sol. de castro et IIII pullos.

[35.] Item Gôtislehen VI quart. tritici mensure Constanc. pro censu et pro advocacia V quart. tritici, XIIII quart. avene, XVI sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[36.] Item Gúbterslehen I mod. tritici mensure Constanc. pro censu, et pro advocacia I mod. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., VI sol. den., terciam partem porci, I sol. den. pro castro et II pullos.

[37.] Item Nůkomen lehen III mod. tritici mensure Constanc. pro censu, et pro advocacia X quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XX sol. den., duas partes porci, II sol. et IIII pullos.

[38.] Item Lengenlers lehen I mod. tritici mensure Constanc. pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, II mod. avene mensure Arbonens., XII sol. den., terciam partem porci, I sol. den. de castro et II pullos.

[39.] Item Branberges lehen VI quart. tritici mensure Constanc., et Schobinslehen I mod. tritici eiusdem mensure pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., XX sol. den., II sol. pro castro, II partes porci et IIII pullos.

[40.] Item Ankenlehen VI quart. tritici mensure Constanc. pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, XIIII quart. avene, XVI sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et IIII pullos.

[41.] Item Walthers lehen VI quart. tritici mensure Constanc. pro censu, et pro advocacia I mod. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., IX sol. den., terciam partem porci, I sol. de castro et II pullos.

[42.] Item scopossa Lůtoldi VI quart. tritici mensure Constanc. pro censu et [pro] advocacia V quart. tritici, XIIII quart. avene mensure Arbonens., III sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro.

[43.] Item daz lehen in der Ysel pro advocacia IIII mod. tritici, I mod. nucum mensure Arbonens., VII sol. den., I porcum et III pullos.

[44.] Item Bernhartzell pro advocacia IX mod. tritici, V maltra et X quart. avene mensure Arbonens., VIII lib. et IIII sol. den.

[45.] Item Winden III maltra et III mod. avene mensure Arbonens. et X pullos pro censu.

[46.] Item de stipendio opidi Arbonensis XVI lib. den.

II.

Hi sunt census possessionum subscriptorum.

[47.] Túffenbach solvit II maltra speltarum et II maltra avene mensure Arbonensis.

[48.] Item Vailon: Ber. am Acker VII quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonensis, VI sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[49.] Item molendinum ibidem XIIII quart. tritici mensure Arbonens., X sol. den., I porcum valentem IIII sol.

[50.] Ain lehen Stachen V quart. tritici, I maltrum avene mensure Arbonensis, XX sol. den.; II porcos, quorum uterque valere debet IIII sol. den., XVIII den. de castro et IIII pullos.

[51.] Item Huseleregge V sol. den.

[52.] Item Winden subtus notatum est.

[53.] Item Ottenzagel III quart. tritici, V quart. avene mensure Arbonensis, X sol. VI den.; dimidium porcum, XVIII den. pro castro et II pullos.

[54.] Item Kapferslehen I maltrum spelte et I maltrum avene.

[55.] Item Mitelberg VII mod. tritici, XIIII quart. avene, I mod. fabe, XX sol. den.; II porcos, quorum uterque valere debet III sol. den., II sol. de castro, VI pullos et aucam.

[56.] Item im Gerútte X maltra et II mod. spelte, VII mod. avene, I mod. fabe, I mod. nucum, II quart. ordei, XXIX sol. den., I porcum, III sol. de castro, VIII pullos et II aucas.

[57.] Item uf dem Berge XIIII mod. spelte, I mod. fabe, X sol. den. minus IIII den., I porcum ad X sol., III sol. de castro et IIII pullos.

[58.] Item Kelnhof in Ezehusen[1]) XVI maltra spelte, X maltra et II mod. avene, I mod. nucum et I mod. fabe, XXII sol. den., II porcos utrumque ad IV sol. den., III sol. de castro, VIII pullos et II aucas.

[59.] Item scopossa Engeldrudis[2]) VII quart. avene,

[1]) Verschrieben für Erchusen.

[2]) Offenbare Auslassung des Abschreibers. Die Kernengült des Gutes beträgt nach dem Urbar des 16. Jhs. 10 Viertel.

XII sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, IIII pullos et aucam.

[60.] Item de advocacia Winden XIIII quart. tritici mensure Arbonens., II lib. den., II porcos, quorum uterque valere debet X sol.; insuper II, quorum uterque valere debet III sol. den., VIII pullos et II aucas.

[61.] Item scopossa dicti Olden XIIII quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., XII sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, IIII pullos et aucam.

[62.] Item scopossa dicti Såcheller XIIII quart. tritici, VII quart. avene, VI sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, IIII pullos et aucam.

[63.] Item scopossa in dem Wiler XIIII quart. tritici, VII quart. avene, XI sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, IIII pullos et aucam.

[64.] Item scopoza in dem Bach X quart. tritici, VII quart. avene, VI sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, IIII pullos et aucam.

[65.] Item scopoza in Gaisshúsern I maltrum speltarum et I maltrum avene et XII sol. den.

[66.] Item Azzenholtz XIIII quart. avene et III sol. de castro.

[67.] Item curia in Bůch X maltra et II mod. speltarum, VII maltra avene, I mod. nucum, I mod. fabe, II quart. ordei, XXII sol. den., II porcos, VI sol. de castro, VIII pullos et II aucas.

[68.] Item O̊ngeshoven VI mod. avene, XVI sol. minus II den.

[69.] Item Hermannus dictus Humel de quadam curte I mod. tritici.

[70.] Item cellerarius Arbonensis de una curte I mod. tritici.

[71.] Item decima in Betwiler I maltrum speltarum, I maltr. avene et aliquantum plus.

Maltrum dicte mensure in spelta IIII sol., in avena III sol.

III.

Redditus ecclesie in Arbona.

[72.] Dos in Fraschnet XX maltra spelt. mensure dicte frechtmess; item IIII maltra avene eiusdem mensure.

[73.] Item dos in Vertislon XII maltra utriusque frumenti dicte mensure.

[74.] Item dos in Speltenhusen XV maltra utriusque frumenti dicte mensure.

[75.] Item dos in Rinoltzaich XV maltra utriusque frumenti dicte mensure.

[76.] Item de Mose V maltra utriusque frumenti eiusdem mensure.

[77.] Item de Hegi V maltra utriusque frumenti eiusdem mensure.

[78.] Item Sibenaich et item Sibenaich X maltra utriusque frumenti eiusdem mensure.

[79.] Item ab Aichen IIII maltra utriusque frumenti eiusdem mensure.

[80.] Item de Frasneit I mod. avene de Schophain.

[81.] Item H. de Cratzerun XI mod. utriusque frumenti eiusdem mensure.

[82.] Item dictus Maier de Vertislo XIIII quart. utriusque frumenti et eiusdem mensure.

[83.] Item Ůl. Flucke II quart. utriusque frumenti.

[84.] Item C. am Lene I mod. avene eiusdem mensure.

[85.] Item Ůlr. am Lene I quart. avene de agro dicto Ysenacker.

[86.] Item dictus Honfúrste II mod. frumenti, quod excolitur in agro suo sito in Roggenwile duobus annis et in tercio anno nichil.

[87.] Solvit item Jacobus dictus Spinler IV quart. utriusque frumenti duobus annis et in tercio anno nichil.

[88.] Item de possessionibus in Nusbomen IIII maltra utriusque frumenti eiusdem mensure.

[89.] Item de possessionibus in Riedern VII maltra eiusdem mensure et utriusque frumenti, que recepit decanus in Arbona.

[90.] Item de possessionibus in Lûtenwile III maltra, quod similiter decanus recipit.

Item LXXXIIII pulli in festo exaltacionis sancte crucis.

Item DCCC ova in festo Pasche.

Item XV lib. et I [sol.] de Constancia, de quibus dantur ad lumen ecclesie Arbonensis VI lib. IIII sol.

IV.

Ista que secuntur bona de possessionibus in Arbona obligata sunt.

[91.] Primo Lankwatte obligatum est domino Waltero de Castello. [92.] Item das lehen Stockan eiusdem. [93.] Item scopossa in Stockach obligata est eidem. [94.] Item scopossa Ortwini ibidem obligata est eidem. [95.] Item possessiones et molendinum in Vailon.

[96.] Item domino C. de Hermenstorf militi obligate sunt possessiones in Langenmos et advocacia in der Aiche. [97.] Item due hůbe in Winden. [98.] Item advocacia ibidem.

[99.] Item in Mose redditus unius porci obligati sunt Yrmendegenoni. [100.] Item de curia Egna IIII lib. den.

[101.] Item domino C. de Bussenanch obligatum est Attenrûti. [102.] Item Tûffenbach. [103.] Item Mitelberg.

[104.] Item domino Friderico Matri magistro coquine obligatum est Olmershusen mansus.

[105.] Item de possessionibus Stachenhusen[a]) de advocacia tantum obligati sunt marscalco de Blidegge redditus eiusdem advocacie. [106.] Item eidem advocacia in Nusbomen.

---

[a]) Verschrieben für Schochenhusen.

[107.] Item advocacia Ber. in Mose. [108.] Item advocacia in dem Lehen.

[109.] Item Gaisshûsern et Emerizze obligati sunt domino C. preposito s. Johannis Constanciensis. [110.] Item Rinoltzaich eidem. [111.] Item Erchhusen. [112.] Item scopossa Engeldrudis ibidem. [113.] Item scopossa dicti Ölden in Erchusen. [114.] Item scopossa dicti Sächeler ibidem. [115.] Item scopossa in dem Wiler et scopossa in dem Bach ibidem. [116.] Item scopossa in Gaishûsern eidem preposito. [117.] Item Öngeshoven eidem.

[118.] Item Walthers lehen obligatum est H. vor Kilkun.

[119.] Item Bernhartzelle obligatum est abbati s. Galli.

[120.] Item domino C. de Bussenanch Uffenberge.

[121.] Item marscalco de Blidegge suprascripto curia in Bûch obligata est.

[122.] Item curia in Horn obligata dicitur domino de Sultzberg cum omnibus suis redditibus et pertinenciis.

V.

[123.] **Item curia in Widihorn** IX maltra et II mod. speltarum; VI maltra et I mod. avene; I mod. fabe et I mod. nucum; II quart. ordei; XXII sol. den. et II porcos, quorum uterque valere debet IIII sol.; item VIII pullos et aucam.

VI.

[124.] **Item curia in Egnach** LXXXIIII mod. tritici mensure in Wile; L mod. avene eiusdem mensure; XIIII porcos valentes II lib. VIII sol.; II lib. et X sol. den., qui dantur dicto Yrmendegen, que solvunt iste possessiones in hunc modum pertinentes curie predicte: [Die näheren Angaben fehlen].

VII.

[125.] **Item curia in Horne** XX maltra spelte, X maltra avene mensure Arbonensis et I porcum.

Item de quibusdam possessionibus ibidem XIIII mod. tritici mensure Constanc., X maltra avene mensure Arbonens., III porcos valentes XXXII sol. et I porcum ad V sol. videlicet in hunc modum, et septingentos caseos vel pro eisdem dantur V lib. et XVII sol. minus IIII den. [126.] Videlicet de XIIII lehen dantur predicti XIIII mod. tritici mensure Constanc. [127] Item Bůchperg III maltra avene mensure Arbonensis. [128.] Item superior hůba de Goldach III maltra avene eiusdem mensure. [129.] Item hůba retro ecclesiam III maltra avene eiusdem mensure. Item predictorum trium mansuum quodlibet solvit I porcum, quorum duo valere debent XX sol. et unus XII sol. [139.] Item hůba dicti Sonnen I maltrum avene mensure Arbonensis et V sol. den. Sed tamen aliquando plus valebat et dicti mansus solvunt XVI pullos. [131.] Item de Nagersriet anteriori dantur CCL casei. [132.] Item de Nagersriet posteriori CCL casei. [133.] Item de novali Núwenswendi L casei. [134.] Item de novali in Klingenbůch XLIIII casei. [135.] Item in Tarchselsrútti LX casei. [136.] Item de Varwenswendi XXX casei. [137.] Item de novali in superiori monte XVI casei, et quilibet debet valere III obulos.

Summa reddituum curie in Horn XX maltra spelte, XX maltra avene mensure Arbonensis, XIIII mod. tritici Constanc., septingenti casei vel V lib. den. XVI sol. VIII den. pro eisdem et V porci.

VIII.

Hi sunt redditus ecclesie Arbonensis pertinentes venerabili domino episcopo Constanciensi.

[138.] Videlicet frumentum in Horne in der Owe I mod. [avene] mensure Arbonensis, I mod. spelte, III den.

[139.] De Arnolzberg Vogtlút V mod. utriusque frumenti.

[140.] C. de Appenwille I maltrum avene per duos annos, in tercio vero anno nichil.

[141.] Braminowe III mod. utriusque frumenti per II annos, tercio vero anno nichil.

[142.] Lútenwille III maltra utriusque frumenti.

[143.] Rogwile II mod. utriusque frumenti per duos annos, tercio vero anno nichil.

[144.] Item de Crazzerun priori XI mod. utriusque frumenti et IIII pullos.

[145.] Item de Crazzerun posteriori II mod. de frumento, quod ibidem excolitur.

[146.] Item de Widihorne dictus Schúbelmich IIII mod. avene. [147.] Cellerarius ibidem III mod. [148.] H. ab dem Berge ibidem I mod. [149.] H. dictus Anseli IIII mod. frumenti.

[150.] Item Speltenhusen VIII maltra minus II mod. [151.] H. ibidem VIII maltra minus II mod.

[152.] Item de Rinoltzaich XV maltra utriusque frumenti.

[153.] Item de Vertislo XII maltra.

[154.] Item Frasnåt XX maltra spelte et IIII maltra avene.

[155.] Item Gaisshúsern IIII maltra et I mod.

[156.] Item ab dem Lone[4]) I mod. avene.

[157.] Item Maldistorf X maltra et dimidium.

[158.] Item Riederen VII maltra.

[159.] Item Mose V maltra.

[160.] Item Liegen[5]) V maltra.

[161.] Item magister C. de Sibenaich IIII maltra.

[162.] Item magister Reynolt de Sibenaich VII maltra.

Super hoc decime circa civitatem: [163.] Item H. dictus Riser de agro suo III mod. [164.] Item magister Dietricus V mod. tritici. [165.] Item Ber. de Salmensa I quart. tritici. [166]. Item Usútaicha[6]) IIII maltra utriusque.

Summa frumenti CXXVII maltra minus I mod. preter decimam circa civitatem. Insuper V mod. tritici et I quart.

[4]) Verschrieben für Lene.

[5]) Verschrieben für Hegen.

[6]) Verschrieben für Meraicha.

[167.] Item Camerli apud Horne II quart. [168.] Super hec Hainermarti II mod. spelte.

IX.

Hec sunt Novalia.

[169.] Salwe[7]) VI quart. tritici.
[170.] C. de Frasneit II quart. tritici et den.
[171.] Ibidem Hartman dimidium quart.
[172.] Ber. de Crazzerun dimidium quart.
[173.] Item vidua Hermanni II quart.
[174.] Item Eginerran II quart.
[175.] Item magister Eberhart IIII maltra utriusque.
[176.] Item Irzun I quart. tritici.
[177.] Item Hesso II quart. tritici.
[178.] Item Rudi Smeltzbach quartale et dimidium.
[179.] Item Lutoldus carpentarius I quart. tritici.
[180.] Item Hilprandus II quart. tritici.
[181.] Item der Wisse I quart. tritici.
[182.] Item Ber. Boch[8]) II quart. tritici.
[183.] Item C. Faber dimidium quart. tritici.
[184.] Item Frasnait I mod. avene.
[185.] Item Dieprehtzwiler VI quart. avene.
[186.] Item Curt am Berge VI quart. aridorum pirorum et II quart. ordei.
[187.] Item apud Vertislo I quart. tritici.
[188.] Item Gili de bono Negellins II mod. utriusque frumenti.
[189.] Item Swalwen IIII pullos.

X.

Hec sunt minores decime ecclesie in Arbona.

[190.] De decima Golda Sůcher XVI den. II pullos. [191.] Hainricus Kelner XXX den. II pullos. [192.] C.

[7]) Verschrieben statt Falwe.
[8]) Verschrieben statt Schoch.

Kelner XXX den. II pullos. [193.] Herman IIII den. I pullum. [194.] Růdegerinus VI den. [195.] Item de feodo dicti Colers VI sol. II pullos. [196.] Item Herman ab Stain VI den. I pullum. [197.] Illi de Richembach XVIII den. II pullos. [198.] Item Růd. retro ecclesiam XV den. II pullos. [199.] Walter Swegler XXX [den.] II pullos. [200.] C. a der Hůbe XII den. II pullos. [201.] Item curia Bichelnse II sol. II pullos. [202.] Wernherus Hůber X den. I pullum.

Summa XXIII sol. den. et XX pullos.

[203.] Item cellerarius de Horne V sol. den. de scopoza et I sol. de agro. [204.] Item Ůlricus Stůtter II sol. [205.] Molitor I sol. [206.] Minister domini Sultzberg II sol. [207.] Herman Zinseli X sol. [208.] Item C. in der Owe I mod. spelte.

Summa XXI sol. et I mod. spelte.

[209.] Item Crazzerun VI den. [210.] Ab dem Staine X den. [211.] A superiori Bůchperg I sol. et pullum. [212.] De inferiori Bůchperg I sol. [213.] Hiltenriet II sol. [214.] De domo Grawin V sol. [215.] Betlerrun I sol. [216.] Domus Senini I sol. [217.] Eggelinsriet XVIII den., II pullos, XVIII ova. [218.] Amirsgerswiller XVIII den.

Summa XXV sol. et VI den., XIII pullos et CXLII ova.

[219.] Item Bůle IIII sol. [220.] Bicholswile II sol., II karratas lignorum et II pullos. [221.] Wintmanswile[9]) XX den. I pullum, XII ova, de agro IIII sol. [222.] Oberriedern VI sol. VI pullos et XL ova. [223.] Item Albenberg II sol. [224.] Warte[10]) II sol., III pullos et XX ova. [225.] Superius Hagenwile XVIII den., I pullum et XII ova. [226.] Item Regelanswile V sol., V pullos et XL ova. [227.] Item Morswile IX sol., X pullos, C ova. [228.] Bechenwile XX den., II pullos et XX ova. [229.] Mose XVIII den., II pullos et XX ova. [230.] Hundwiler XVIII

9) Verschrieben statt Mettmanswile.

10) Verschrieben statt Watte.

den., II pullos et XVIII [ova]. [231.] Bechishuss X den. [232.] Item Negersberg II sol., III pullos, XX ova. [233.] Item Wernher in dem Holze II sol., II pullos, XX ova. [234.] Vidua in Bischofhus XV den. [235.] Walther uf dem Holze XXX den., II pullos et XX ova. [236]. Herman piscator de prato in Semoz XXX den., IIII pullos, XX ova. Apud Staina: [237.] Ber. Aswåldergůt IIII den. [238.] C. ab Búrgli II. den. [239.] Cellerarius de Staina II sol. [240.] Domina de Rinegge XIIII den. [241.] Eadem domina de inferiori possessione XVIII den. [242.] Abbas ab Platon XIIII den. [243.] Ůlricus priester Johan VI den. IIII pullos. [244.] Ůlricus Crúceli I sol.

Summa III lib. XV den., L pullos, CCCC et XIIII ova.

[245.] Lancwat II sol. [246.] Hemberg VIII den. [247.] Berge: domina X den. [248.] Burgender in Rotenwille II sol. [249.] Faber VIII den. [250.] Magister Ber. III sol. et VI den.; idem in festo Martini V sol. [251.] Item Blůme VIII den. [252.] Walther de Gotzenwiller XVII den. [253.] Jacobus XVI den. [254.] Stocker et sui fratres XX den. [255.] Faber VIII den. [256.] Anna et magister Hainricus XX den. [257.] Spieglerin III den. [258.] Waibel II den. [259.] Tatenwile II sol. [260.] Ab dem Aigen III sol. [261.] Watte VI sol. [262.] Eschriswile XXII sol. [263.] Beintenwile XVIII den. [264.] Ber. de Rietenwille[11]) XI sol. [265.] Vidua ibidem I sol. [266.] Eglolf de Huseli X sol. [267.] In Stocka I sol. [268.] Relicta fabri I sol.

Summa IIII lib. et VIII den., XVIII pullos et CXXX ova.

[269.] An dem Argen[12]) apud Ramswag XVIII den. [270.] Koser de Lengenwiler V sol. [271.] Ibidem II sol. per duos annos, tercio vero anno nichil. [272.] Oberwinden IIII sol. [273.] Niderwinden IIII sol. Roggwiler: [274.] de superiori curia III sol. VI den., II pullos et L ova. [275.] Ibidem Waibel duas urnas vini et I mod. pirorum. [276.] Magister Dietricus IIII den. [277.] Rud. Sutor

[11]) Wahrscheinlich verschrieben statt Beitenwille.

[12]) Verschrieben statt Aigen.

VI den., VI pullos et XX ova. [278.] Růpertus I sol. [279.] Conr. ab Hangarten I sol. et I pullum. [280.] Vidua VI den. [281.] Negel VI den. et I pullum. [282.] De scopossis Marscalci V sol. [283.] Vidua iuxta ripam II den. [284.] Ber. Wenderer et fratres eius I sol. et I pullum, XX ova. [285.] Stacha XX den. [286.] C. Lúbolt II pullos. [287.] Eglolfus duas urnas vini.

Summa XXXI sol. et VIII den. Summa pullorum XIIII et LXXXX ova. Summa vini IIII urne et I mod. pirorum.

[288.] Mitelberg III sol. et aucam. [289.] Item Otenzagel VIII sol. et II den. [290.] Item Birmoss: Hainricus Vôgeli III sol. et XVI pullos. [291.] Ber. Schoch I sol. [292.] Aemerizun de Gaishúsern XX den. [293.] Ber. ibidem VIII den. [294.] Vidue usserm Mose VIII den. [295.] Item von dem Lene XVIII den. [296.] Cellerarius de Egna VI den. [297.] Murer von Stade XVIII den. [298.] Wiedenhorn uf dem berg Bůch V sol. [299.] In inferiori Widihorn V sol. [300.] Crazerun III sol. [301.] Frasnait XXIII den. [302.] Waibel de Maldistorf II sol. [303.] Jacobus Spiler I sol. [304.] Gili II den. [305.] Gúticher IIII den. [306.] Cellerarius uf dem Rúte V sol.; et sunt II iugera novalium. [307.] Hainric. ab Bůbenberg I sol. [308.] Inferius Rieden V sol. et V pullos.

Summa II lib. X sol. et VII den. et XXI pulli.

[309.] Item Widihorn magister Volmar IIII sol., [310.] magister Ůlr. de Vertislo de feno Waltwyssen V karratas. [311.] Dominus de Staina II karratas feni et decimam vini per totum. [312.] C. filius Osterhilt II pullos. [313.] C. de Staina VI den. [314.] Ůlr. et fratres de Stainbrunnen de minori decima IIII sol. [315.] Item de dote ibidem V sol. et IIII pullos. [316.] De area in Cimiterio: Stulze II pullos. [317.] De prato H. Sácheler XX den. [318.] Cellerarius de Erchusen IIII pullos. [319.] Crambol VIII den. [320.] De decima in Hagenbůch XVIII den.

Summa XIII sol. et IIII den. et XXII pulli.

Item de decimis et censibus hortorum circa civitatem: [321.] Ortus dicte Smerlezbachin reddit III sol. et IIII den. [322.] C. dictus Swarze II sol. et IIII den. [323.] Item orti dicti quondam de Bodmen XXII den. [324.] Hainric. dc̄s Gůtenman IIII den. [325.] Item C. dictus Keller IIII den. [326.] Item dictus Menteller IIII den. [327.] Item Lúbahuserin IIII den. [328.] Item C. von der Húse II den. [329.] Item Růd. minister II den. [330.] Dicta Rôtembergerin XIII den. [331.] Item in dem Maielinszagel I den.

[332.] Item agri siti in dem Brunnen reddunt medietatem censuum et decimarum tantum tercio anno.

[333.] Item de ortis dictorum Taler et Tårchen dantur pro decima IX sol.

[334.] Item de vinea decima tota debetur domino episcopo.

[335.] Item de vinea dominorum de Sultzberg debetur decima per totum domino episcopo.

[336.] Item domus Nepfling II urnas vini de vinea.

[337.] Item in die Zinshalden de vinea domini dicti Schan I quart. vini.

[338.] Item dominus Willerinus de Stayna tenetur solvere decimam totam de sua vinea sita in Staina.

[339.] Item Súpflina vidua I mod. tritici.

[340.] Item Bettenwile XVIII den.

[341.] Item dictus Sanger I mod. spelte.

[342.] Item cellerarius imme Gerút I quart. tritici.

[343.] Item Johannes dictus Hôwer IIII sol. de orto sito prope vinarium.

[344.] Item C. dictus Gothain et R. minister in Arbona II sol. de vinario ipsorum sito prope civitatem.

[345.] Item Alberchtus scolasticus de novali IIII quart. tritici mensure Arbonensis.

[346.] Item scoposse site in villa medietatem minoris decime.

[347.] Item de decima dicti Her. Schan I mod. tritici.

[348.] Item Johannes de Stainbrunnen dictus Rolais IIII sol.

[349.] Item Hainricus dictus Múrschi VI den. et II quart. tritici.

[350.] Item de domo magistri Ůl. de Rôtenberg VIII libre sepli [?].

[351.] Item Růdi de Roggewile I lib.

[352.] Item Conradus dictus Swarze de domo sua II quart. tritici.

[353.] Item dicta Smeltzbachin IIII mod. tritici per duos annos, tercio vero anno nichil.

[354.] Item de orto Petri dicti in dem Brunnen II quart. tritici mens. Arbonensis.

[355.] Item de agro dicto Ysenacher II pullos.

[356.] Item de decima Wåldi II sol. den. a relicta quondam dicti Gebhart.

[357.] Item de Gothold aigen XX den. Constanc.

[358.] Item de agro dicti Schůbe VI den.

[359.] Item Ber. dictus Schoch VI den. de agro.

Summa denariorum decime minoris: XVIII libre. Summa pullorum: CLXXX[13]. Summa ovorum: DCCCCXXVI ova. Summa lignorum: III karrate. Summa frumenti: CXXVII maltra preter decimam circa civitatem, que reddit uno anno VIII mod. tritici, item secundo anno VIIII mod. tritici, item tercio anno V mod. tritici mensure Constanc. per totum. Item V mod. tritici et I quart. et II quart. ordei.

---

[13]) Die Angabe erscheint im Verhältnis zu den Einzelangaben zu hoch. Es dürfte ein Schreibfehler des Abschreibers vorliegen.

Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht

von

Siegfried Brie

I.

Wie überhaupt die Dogmengeschichte des Gewohnheitsrechts bis vor kurzem stark vernachlässigt war, so sind auch die Anschauungen, welche die deutschen Juristen in dem Zeitalter der Rezeption der fremden Rechte hinsichtlich dieser Rechtsquelle hatten, bisher nicht eingehend im Zusammenhange erörtert worden. Überwiegend aber ist seit dem Auftreten der historischen Schule die Ansicht verbreitet, dass die Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit eine dem Gewohnheitsrecht feindliche Stellung eingenommen hätten und dass gerade dieser Umstand wesentlich die insbesondere von den Germanisten schwer beklagte Zurückdrängung des einheimischen Rechts gefördert habe. So spricht Puchta[1]) von der Ungunst und dem Vorurteil, mit welchem jene Juristen das Gewohnheitsrecht ansahen, und meint, sie hätten, was in ihren Kräften stand, getan, das deutsche Recht zu unterdrücken, „indem sie die Anwendung der Rechtsquelle erschwerten, auf welcher vorzugsweise das einheimische Recht beruhte". Stobbe in seiner Geschichte der deutschen Rechtsquellen[2]) führt aus, dass die gelehrten Juristen das ungeschriebene Recht, die deutschen Gewohnheiten verachtet, ja sich vollständig von dem Gedanken entwöhnt hätten, dass es ausser dem geschriebenen Recht noch ein anderes Recht geben könne; durch diese Auffassung sei man dazu gekommen, die Gewohnheiten nicht für Recht, sondern für facta auszu-

---

[1]) Gewohnheitsrecht I S. 201—202.

[2]) II S. 117—118; vgl. auch ebendas. I S. 651 (im Anschluss an die dort gegebenen Ausführungen Stobbe's sagt Modderman-Schulze, Rezeption des römischen Rechts S. 77, von der Auffassung der deutschen Juristen der Rezeptionszeit: „Das nationale Recht wird zum Gewohnheitsrecht degradiert").

geben, und von der Partei, welche sich auf ein Gewohnheitsrecht stützte, dessen Beweis zu verlangen. In seinem Handbuch des deutschen Privatrechts[3]) gibt er der richtigeren Erkenntnis, dass die deutschen Juristen ihre Theorie des Gewohnheitsrechts von den italienischen entnahmen, Ausdruck; aber er behauptet nunmehr, sie hätten die in Italien über die Bedeutung des Gewohnheitsrechts entwickelten Doktrinen, „welche ihm enge Grenzen steckten", verteidigt, um der Herrschaft des deutschen Rechts, das grossenteils Gewohnheitsrecht war, entgegenzutreten; „war das Ansehen des Gewohnheitsrechts überhaupt untergraben, so hatte man dem deutschen Recht gegenüber ein leichtes Spiel, und konnte dem römischen Recht eine immer weitere Anwendung sichern". Zutreffender erkennt Gierke[4]) an, dass die mittelalterliche romanistisch-kanonistische Doktrin dem Gewohnheitsrecht noch weiten Spielraum gelassen habe; trotzdem glaubt er, mit Berufung auf Puchta, dass diese Lehre, in Deutschland mit der Rezeption zur Herrschaft gelangt, mehr und mehr dem Gewohnheitsrecht, in dem sie gleichzeitig das einheimische, das volkstümliche und das partikuläre Recht bekämpft habe, feindselig gegenüber getreten sei.

Vor allem wird gewöhnlich das Reichskammergericht als Führer in der Bekämpfung des Gewohnheitsrechts betrachtet. Dem gegenüber hat bereits Stintzing[5]) hervorgehoben, dass die „Begründer der Cameraljurisprudenz", Mynsinger und Gail, nicht die angebliche Geringschätzung, mit der das Reichskammergericht die deutschen Gewohnheiten behandelt haben soll, bestätigen, vielmehr in ihren allgemeinen Erörterungen über das Gewohnheitsrecht eine dessen Anwendung begünstigende Theorie vertreten. Man wird aber bei genauerer Prüfung der deutschen Rechtsliteratur der Rezeptionszeit[6]) überhaupt sagen müssen, dass dieselbe eine dem Gewohnheitsrecht günstige oder wenigstens nicht ungünstige Tendenz bekundet. Soweit trotzdem eine Zurück-

[3]) 3. Aufl. I S. 163.

[4]) Deutsches Privatrecht I S. 160.

[5]) Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I S. 501—502.

[6]) Ich verstehe darunter die Zeit vom Ende des 15. bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts.

setzung der einheimischen Gewohnheitsrechte gegenüber den gemeinen geschriebenen Rechten sich geltend machte, bezog sie sich wesentlich auf das partikuläre Recht als solches und erstreckte sich daher in gleicher oder ähnlicher Weise auf das partikuläre Gesetzesrecht, die Statuten.

Den Beweis für diese Behauptungen sollen die folgenden Erörterungen erbringen.

II.

Dass die deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit von dem Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle nicht geringschätzig oder feindselig dachten, wird schon durch einen Hinblick auf die Quellen und Autoritäten, aus denen sie überhaupt und auch in dieser speziellen Hinsicht ihre Theorien entnahmen, sehr wahrscheinlich. Sie hatten keinen Zweifel, dass zu den in Deutschland geltenden Sätzen des Corpus iuris civilis auch dessen Aussprüche über das Gewohnheitsrecht gehörten[7]; unter diesen aber berücksichtigten sie vorzugsweise die im Pandektentitel De legibus enthaltenen Stellen und in erster Linie die l. 32 h. t., hinter welcher insbesondere Constantins bekanntes, die Geltung des Gewohnheitsrechts einschränkendes Reskript stark zurücktrat[8]. Die Aussprüche des kanonischen Rechts über das Gewohnheitsrecht fanden, wie überhaupt das Corpus iuris canonici[9], bei den deutschen Juristen seit der Zeit der Reformation nur geringe Beachtung. Im ganzen waren, wie insgemein für Wissenschaft und Praxis der deutschen Rechtsgelehrten dieses Zeitalters, so auch für ihre Ansicht über das Gewohnheitsrecht die Schriften der italienischen Kommentatoren

[7]) Wesenbeck in seinen Commentarii ad Pandectas olim dicti Paratitla, ad tit. De legibus num. 9 (ich benutze die cum notis Bachovii Amsterdam 1665 erschienene Ausgabe) betrachtet als selbstverständlich, dass die Aussprüche der lex De quibus und überhaupt die Bestimmungen des römischen Rechts über die consuetudo bei allen das Imperium Romanum anerkennenden Völkern gelten, und hebt nur hervor, dass auch vieles davon den übrigen Völkern und Staaten gemeinsam sei.

[8]) Vgl. unten IV 5.

[9]) Vgl. Stintzing a. a. O. I S. 273—283 („Der Kampf um das kanonische Recht").

viel mehr als die Aussprüche der Quellen massgebend [10]). Vorzugsweise wurden auch hier die Lehren der Postglossatoren [11]) und in erster Linie der dem Gewohnheitsrecht geneigten Häupter dieser Schule, Bartolus und Baldus [12]), zugrunde gelegt. Selbst Zasius, obgleich er im allgemeinen die Autorität dieser beiden grossen Kommentatoren bekämpfte und auch der communis opinio doctorum nur wenig Wert beilegte [13]), schloss sich doch in seinen Erörterungen über die lex De quibus [14]) wesentlich an Bartolus' Ausführungen an und bezeichnete eben dort wiederholt Baldus als unsern Rechtsphilosophen [15]). Daneben wurden zwar auch die Schriften der Kanonisten, für die Lehre vom Gewohnheitsrecht hauptsächlich die Erörterungen des Panormitanus [16]) und des Rochus Curtius [17]), berücksichtigt; aber auch diese liessen dem Gewohnheitsrecht eine weite Anwendungssphäre, insbesondere weil sie die kirchlichen Vorschriften und Gesichtspunkte für die Rechtsquelle nur mit erheblichen Einschränkungen auf das weltliche Recht zur Geltung brachten [18]).

III.

So waren es die fremden Rechte und die fremden Theorien selbst, welche bei ihrer Aufnahme in Deutschland dem Gewohnheitsrecht eine nicht ungünstige Beurteilung zuwiesen.

---

[10]) Zu weit geht aber die Ansicht, dass überhaupt nicht das römisch-justinianische Recht, sondern das römische Recht in der Prägung der Postglossatoren, „Die italienische Doktrin", in Deutschland aufgenommen sei (s. dagegen insbesondere Regelsberger, Pandekten I S. 11).

[11]) Vgl. über dieselben meine Lehre vom Gewohnheitsrecht I §§ 17—22.

[12]) Dem Gewohnheitsrecht günstige Ansichten derselben habe ich insbes. a. a. O. S. 140, 144, 160, 163 hervorgehoben.

[13]) Stintzing a. a. O. I S. 161—162.

[14]) Udalrici Zasii Opera omnia, Francof. ad M. 1590, Tom. I pag. 168 sqq. (vgl. unten N. 20).

[15]) „Noster legalis philosophus" (l. c. num. 56 und 66).

[16]) Besonders Mynsinger zitiert ihn für die Lehre vom Gewohnheitsrecht häufig, mehrfach mit dem Zusatz „et communiter Canonistae".

[17]) In betreff seiner eingehenden Abhandlung über das Gewohnheitsrecht (in Gestalt eines Kommentars zu cap. 11 X. De consuetudine) vgl. mein angef. Buch I N. 170.

[18]) Vgl. meine Lehre vom Gew.-R. I S. 168.

Auf der andern Seite freilich legte die grosse und vielfach übertriebene Verehrung der deutschen Rechtsgelehrten für die geschriebenen gemeinen Rechte, insbesondere für die Justinianische Gesetzgebung, ihnen nahe, das ungeschriebene Recht, also namentlich das nicht aufgezeichnete deutsche Gewohnheitsrecht, gering zu achten. In derselben Richtung wirkte die bei den studierten und beamteten Juristen häufige[19]) Abneigung gegen ein aus der Überzeugung und Übung des gemeinen Volkes hervorgehendes Recht. Aber diese Momente waren doch nicht stark genug, die grundsätzliche Stellung insbesondere der hervorragenderen Rechtsgelehrten zum Gewohnheitsrecht zu bestimmen. Wenn Zasius, der in seinen exegetischen Schriften[20]) wie in seinen Konsilien[21]) dem Gewohnheitsrecht weitgehende und wohlwollende Beachtung[22]) zuwendet, hervorhebt, dass die consuetudo nicht aus Büchern und Lehrmeinungen, sondern aus dem Konsens und den Handlungen des Volks[23]) entspringe, so zieht er daraus keineswegs eine dem Ansehen des Gewohnheitsrechts nachteilige Folge, sondern will nur dartun, dass jedem aus der Menge hinsichtlich eines Gewohnheitsrechts ebensoviel wie einem Doktor (iuris) zu glauben sei[24]). Oldendorp sagt zwar in einem Gutachten[25]), alle Gesetzgeber hielten den Brauch der Menge, welcher, zumal in diesem höchst verderbten Jahrhundert, in die schlimmsten Irrtümer zu verfallen pflege, für verdächtig; aber er erkennt trotzdem das fragliche Gewohnheitsrecht contra legem scriptam an, wenn es durch mindestens zwei gerichtliche

---

[19]) Auch heute noch!

[20]) Besonders in seinen Paratitla in primam Digesti veteris partem, ad tit. De legibus num. 15—17 (Opera Tom. I pag. 3—4) und in seinen Commentaria in titulos aliquot Digesti veteris, ad legem De quibus (Opera Tom. I pag. 168 sqq.).

[21]) Opera Tom. VI.

[22]) Vgl. über seine Stellung zu den deutschen Gewohnheitsrechten auch Stintzing a. a. O. I S. 168 ff.

[23]) Consuetudo ex populo discutitur, quia consistit non ex libris et doctrinis sed consensu populi et actibus (Ad l. De quibus num. 48).

[24]) Vgl. unten N. 157.

[25]) Consilia sive Responsa Doctorum et Professorum facultatis Juridicae in Academia Marpurgensi, ed. Hermannus Vulteius, Vol. I Marpurgi 1611, Consil. III num. 14 sqq.

Urteile bewiesen werde, da die Magistrate eventuell die Umstände kennen würden, wegen deren es angemessen sei, von dem gemeinen Recht und der (allgemeinen) ratio abzuweichen. Dass er überhaupt nicht als Feind des Gewohnheitsrechts bezeichnet werden kann, zeigen seine eingehenden Erörterungen zu l. 32—40 D. De legibus[26]); er meint hier sogar, dass die den Anforderungen des (römischen) Rechts nicht völlig entsprechenden (Statuten und) Gewohnheitsrechte befolgt werden müssten, weil dies vorteilhafter sei als eine Neuerung mit Verwirrung des Gemeinwesens[27]). Eingehend begründet Gail[28]) den Satz, dass der Richter secundum Consuetudines et Statuta urteilen solle. Zahlreiche vom Reichskammergericht anerkannte Gewohnheitsrechte hat Gylmann unter dem Stichwort „consuetudo" zusammengestellt[29]). Ebenso bekunden die bedeutendsten damaligen Vertreter der Sächsischen Jurisprudenz eine — innerhalb der Schranken der rezipierten Theorie — dem Gewohnheitsrecht geneigte Richtung. So sagt Wesenbeck[30]), die consuetudo sei actus practicus ad unguem servandus; Hartmann Pistoris[31])

---

[26]) Opera Joannis Oldendorpii, Basileae 1559, Tom. I pag. 94—104.

[27]) L. c. pag. 104: Ex his vides, utique tribuendum esse statutis et consuetudinibus, etiam non exactis adeo ad normam iuris: quae utilius est servari, quam mores innovari cum turbatione rei publicae.

[28]) Observationum Lib. I Obs. 36 (Quod Judex secundum Consuetudines et Statuta iudicare debeat). In num. 14 hebt G. besonders hervor, dass die Beisitzer des Reichskammergerichts und regelmässig alle iudices eidlich auf die laudabiles locorum consuetudines verpflichtet werden (vgl. auch unten S. 150 und 155).

[29]) Adriani Gylmanni Symphorematis Supplicationum Processibus in supremo Camerae Imperialis auditorio impetrandis edit. secunda, Francof. 1604, Tom. III pag. 95—97. — So wird auch in einer Relation für Erlangung einer Assessorstelle bei dem Reichskammergericht aus dem J. 1610 die maxima auctoritas consuetudinis mit zahlreichen Zitaten aus italienischen Schriftstellern belegt, insbesondere Baldus' Ausspruch, dass der consuetudo Ehrfurcht wie einer Mutter zu erweisen sei, beifällig angeführt (Caspar Klock, Liber singularis Relationum pro Adessoratu habitarum, Norimb. 1680, Rel. V num. 487—496, bes. num. 494).

[30]) Matthaei Wesenbecii Responsorum sive Consiliorum Juris opus partibus septem absolutum, Pars V (Wittebergae 1619) Cons. CCVII num. 19.

[31]) Hartmann Pistoris, Observationes singulares (zuerst 1620 aus seinem Nachlass herausgegeben; ich benutze die 1658 zu Frankfurt erschienene Ausgabe), Obs. CCXXX num. 41 sqq.

erklärt, dass viele Gewohnheitsrechte gelten, besonders im Lehnrecht, von denen die Gesetzbücher nicht sprechen, und obgleich die Schriftsteller und die Konsulenten, welche meist nur das gemeine Recht im Auge haben, sie nicht immer berücksichtigen; Carpzov[32]) beruft sich wiederholt auf Aussprüche der Sächsischen Gerichte über die grosse Kraft des Gewohnheitsrechts. Der von Puchta[33]) als „starrer Romanist“ bezeichnete Rostocker Jurist Cothmann räumt in seiner Erörterung „Consuetudinis an legis maior sit auctoritas“[34]) dem Gewohnheitsrecht sogar in gewissem Umfang eine höhere Autorität als dem Gesetze ein. Mevius[35]) legt dar, dass der Richter auch seine eigene abweichende Ansicht einem Gewohnheitsrechte unterordnen müsse. Auf gewissen Rechtsgebieten, insbesondere im Strafrecht, wollte auch der sonst allerdings dem Gewohnheitsrecht im ganzen nicht sehr geneigte[36]) Fichard dieser Rechtsquelle besondere Bedeutung zuerkennen[37]). Seit dem 17. Jahrhundert begann die neue Wissenschaft des deutschen Staatsrechts, das Reichsherkommen neben den Reichsgesetzen als wesentliche Quelle zu bezeichnen[38]). Seit derselben Zeit machte sich auch die Erkenntnis geltend, dass die gemeinrechtliche Geltung des römischen Rechts in Deutschland auf gewohnheitsrechtliche Rezeption zurückzuführen sei[39]).

---

32) Decisiones illustres Saxonicae auctore Benedicto Carpzov (Hanoviae 1646 sqq.), Dec. III num. 17—19, XLVII num. 11—13, CXLIII num. 13.

33) Gew.-R. I S. 201 N. 32.

34) Ernesti Cothmann Liber primus Disputationum Juris civilis, Lemgoviae 1587, pag. 23—25. — Vgl. auch unten N. 119.

35) Davidis Mevii Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunal regium Vismariense delatis (ich benutze die 5. Ausg., Frankfurt a. M. 1705), Pars I Dec. CXLV, bes. num. 15 (Praevalere debet apud Judicem consuetudo suae opinioni).

36) Charakteristisch in dieser Hinsicht ist besonders seine Vorrede zum Solmser Landrecht.

37) Consilia Joannis Fichardi, Francof. ad M. 1590, Tom. I Cons. 65 num. 3, II Cons. 112 num. 5 und 115 num. 6.

38) Stintzing, Gesch. der Deutsch. Rechtsw. II S. 11 ff., 178 ff.

39) Zu der Äusserung Wesenbeck's (Commentar. cit. pag. 23), dass die consuetudo contraria allgemein dem ius commune vorgehe, bemerkt Bachoff von Echt in seinen Noten (zuerst 1611): Scil. quod ius Romanum, quod commune vocamus, non tam propria auctoritate, quam

IV.

Wichtiger noch als solche **allgemeine** Aussprüche der Schriftsteller über die Bedeutung des Gewohnheitsrechts sind für die Ermittelung ihrer Stellung zu dieser Rechtsquelle ihre Erörterungen über die **Einzelheiten** der Lehre, insbesondere über Begriff, Entstehungs- und Geltungskreise, Erfordernisse, Kraft und Interpretation sowie endlich über den Beweis des Gewohnheitsrechts.

1. Grundlegend für die gesamte Auffassung des Gewohnheitsrechts von seiten der deutschen Juristen der Rezeptionszeit war der von den Postglossatoren aufgestellte Satz, dass die consuetudo ein **statutum tacitum** sei[40]). Von dem Gesetz, erklärte Mynsinger[41]), unterscheide sich das Gewohnheitsrecht nur wie „tacitum ab expresso", oder, wie Carpzov[42]) sich ausdrückte: Der einzige Unterschied zwischen consuetudo und statutum besteht darin, dass dieses „expresso statuentium voto ac voluntate, consuetudo autem tacito populi consensu" eingeführt werde[43]). Hieraus wurde die grundsätzlich gleiche Behandlung, vor allem die gleiche Kraft des Gewohnheitsrechts und des Gesetzes gefolgert[44]). Von dem Vertrage dagegen wurde das Gewohnheitsrecht unterschieden und ihm seinem Begriffe nach die grössere Kraft zugeschrieben[45]). Auch die

---

quasi ex usu valet. Ähnliche Aussprüche von anderen Vorgängern **Conring's** (**Limnaeus, Matthaeus Stephani**) zitiert **Stintzing** a. a. O. II S. 179.

[40]) Vgl. über diesen Satz **meine** Lehre v. Gew.-R. I S. 133 ff. (bes. S. 134), 146 ff.

[41]) Observ. VI 41 num. 16.

[42]) Decis. Saxon. CI num. 21.

[43]) Ähnlich **Zasius**, ad l. De quibus num. 10; **Oldendorp**, ad eandem l. (Opera I pag. 97); **Gail**, Observ. II 31 num. 9—10; **Chr. Besold**, Delibata iuris (Tubingae 1627) Pars I pag. 94; **Bachoff von Echt**, Commentarii in primam partem Pandectarum (Spirae Nemetum 1630), De consuetudine et iure non scripto (pag. 61 sqq.) num. 1; sowie zahlreiche andere Schriftsteller.

[44]) Unten IV 5.

[45]) S. bes. **Wesenbeck**, Consil. CCIII num. 20, und **Gylmann**, Symphor. IV P. I Votum IX num. 67 sqq. (mit Berufung auf **Everardus'** Topica in loco de pacto). Jedoch wurde diese Unterscheidung beeinträchtigt durch den Einfluss der römischen Charakterisierung der consuetudo als tacita

Verschiedenheit des Gewohnheitsrechts von der Verjährung erkannten die deutschen Rechtsgelehrten im Anschluss an die Postglossatoren [46]); neben der umfassenderen Wirkung hoben sie die grössere Leichtigkeit der Entstehung infolge der Entbehrlichkeit von iustus titulus und bona fides hervor [47]); andererseits freilich beschränkten sie einigermassen die Geltung der consuetudo durch Anwendung der Analogie der praescriptio [48]).

2. Gemäss der eben erwähnten Grundauffassung des Gewohnheitsrechts schrieben die deutschen Juristen der Rezeptionszeit, in Übereinstimmung mit den Postglossatoren [49]), denjenigen Gemeinschaften, welche Statuten geben könnten, und nur diesen, das Recht der Gewohnheitsrechtsbildung zu [50]). Der Kreis dieser Gemeinschaften war aber insofern ein sehr ausgedehnter, als auf die korporative Natur der Gemeinschaft für die Satzungsgewalt und folglich auch für die Befugnis zur Einführung von Gewohnheitsrechten kein entscheidendes Gewicht

---

(civium) conventio (dieselbe wiederholt z. B. Zasius Paratitla, ad tit. De legibus num. 16).

[46]) Über die Unterscheidung bei diesen vgl. meine Lehre v. Gew.-R. I S. 136—137.

[47]) S. bes. Zasius, ad l. De quibus num. 23, Consil. II 19 num. 71; Gylmann, Tom. IV P. I Vot. XI num. 63 ff.; vgl. auch Wesenbeck, Comment. pag. 23 (Entbehrlichkeit von iustus titulus und bona fides).

[48]) Vgl. unten 3 und 6. Auch wurde fortdauernd von einer praescriptio consuetudinis u. dgl. gesprochen (so z. B. Zasius ad l. De quibus num. 34: Ius consuetudinis inducendo praescribitur et praescribendo inducitur).

[49]) Meine Lehre v. Gew.-R. I S. 139.

[50]) Zasius, ad l. De quibus num. 24 (die populi, die statuta facere possunt, können auch consuetudines facere); Oldendorp ad l. De quibus (Op. I pag. 97), jedoch mit dem Zusatz: Qui autem facultatem non habent statuendi, vel consuetudinis introducendae: iis solent confirmari a maioribus magistratibus vel etiam ab ipso Caesare. Et tunc suppletur defectus authoritatis; Mynsinger, Responsa (Centuria prima, Francof. 1613), Resp. XLIX num. 26 (Fatendum est, a nemine consuetudinem induci posse, quam qui statutum facere possit); Meichsner, Decisiones diversarum causarum in Camera Imperiali iudicatarum, Tom. III (Francof. ad M. 1604), Dec. XIV num. 89 (eine consuetudo oder ein statutum kann nur ab habentibus potestatem legis condendae eingeführt werden); Wesenbeck, Commentar. pag. 21 (consuetudinem introducere potest populus qui et legem condere).

gelegt wurde[51]). Für die consuetudines wie für die statuta unselbständiger Gemeinschaften wurde freilich Zustimmung des superior verlangt[52]); doch begnügte man sich meist mit dessen Nichtwiderspruch[53]). Die Frage, ob einer einzelnen Familie die Befugnis zukomme, Statuten oder Gewohnheitsrechte zu schaffen, wurde wenigstens für die adligen Familien mit iurisdictio ganz überwiegend bejaht[54]).

3. Beschränkt wurde freilich der Geltungskreis der gewohnheitsrechtlichen Sätze von einigen Schriftstellern durch die besonders auf die Analogie der praescriptio gegründete Annahme, dass derselbe in persönlicher resp. räumlicher Hinsicht eng zu bemessen sei[55]). Andererseits jedoch war der Geltung des Gewohnheitsrechts sehr günstig der den Postglossatoren[56]) entnommene, auf gemeindeutsche wie auf partikuläre Gewohnheitsrechte angewandte Grundsatz, dass die Geltung der einzelnen Gewohnheitsrechtssätze sich im Zweifel

---

[51]) Vgl. Gierke, Deutsch. Genossenschaftsrecht III S. 718 ff.

[52]) S. bes. Zasius, ad l. De quibus num. 26 und Mynsinger, Resp. XIII num. 10 (Die Reichsstädte und die Städte, welche einem Fürsten nur cum certis pactis untertan sind und eigene iurisdictio haben, können ohne Zustimmung des Fürsten statuta und consuetudines machen; die communitates, welche in totum principi subsunt, nur mit Zustimmung oder wenigstens Duldung des Fürsten).

[53]) Wesenbeck, Comment. pag. 21 (sententia usu receptior); vgl. auch den Schluss der vor. Anmerkung.

[54]) Vgl. bes. Zasius, Consil. II 1 num. 34; Mynsinger, Resp. XIII num. 10, XLIX num. 26 sqq.; Wesenbeck, Consil. I num. 66 (communiter receptum tale familiae statutum — sc. ad ad decisionem causarum spectans — et familiarem eiusmodi consuetudinem roborari tempore saltem immemoriali . . . praesertim a familia iurisdictionem habente). Belege auch für weitergehende Anerkennung der Familienautonomie in der deutschen Praxis des 16. Jahrhunderts gibt Gierke, Genossenschaftsrecht III S. 719 in Anm. 75.

[55]) Fichard, Consil. I 12 num. 9 sqq., vgl. auch II 89 num. 2 und 3; Klock, Liber sing. Relat. LXV num. 244—245 (praescriptiones und consuetudines sind strictissimi iuris, und tantum dicitur praescriptum, quantum possessum et non plus); Carpzov, Decis. Saxon. CLXXIX num. 17—18 und CCXXXVI num. 13—14 (consuetudo tantum habet de potentia, quantum probatur de usu). — Teilweise wurde mit dieser Beschränkung in Verbindung gebracht resp. nicht näher davon unterschieden der Grundsatz, dass das Gewohnheitsrecht inhaltlich eng auszulegen sei (vgl. unten Text vor N. 147 und diese Note).

[56]) Meine Lehre v. Gew.-R. I S. 141.

auf alle Teile des Ganzen erstrecke, in welchem und für welches ihr Bestehen nachgewiesen sei[57]. In derselben Richtung war bedeutsam die auf Stellen des kanonischen Rechts gestützte Vermutung, dass das in mehreren Orten geltende Gewohnheitsrecht in einem benachbarten Orte gleichfalls gelte[58].

4. Als Erfordernisse eines gültigen Gewohnheitsrechts wurden im allgemeinen eine langjährige, häufige, gleichmässige rechtliche Übung, ein durch diese sich bekundender Gesamtwille und die Rationabilität ihres Inhalts betrachtet[59]. Im einzelnen aber wurden diese Erfordernisse meist in einem die Anerkennung des Gewohnheitsrechts nicht übermässig erschwerenden Sinne bestimmt. Gerichtlichkeit der Übungshandlungen wurde nicht verlangt[60]; ebensowenig in der Regel Zustimmung des Princeps[61].

a) Hinsichtlich der Zeit hielten die deutschen Rechtsgelehrten, in Übereinstimmung mit der glossa ordinaria zum

---

[57]) Mynsinger, Responsa XIII num. 11 (Ad probandam consuetudinem in loco aliquo particulari sufficit docere generalem consuetudinem in regno vel provincia, cui ille locus est subiectus); Consil. Marpurg. I 24 num. 162 (die generalis consuetudo provinciae vel principatus vel civitatis gilt jedoch für den einzelnen locus, für den sie nicht nachgewiesen ist, nur wenn der Fall nicht unter eine Bestimmung des ius scriptum gehört); Wesenbeck, Consil. IV num. 71, XII num. 67 (in bezug auf die consuetudo totius Germaniae wie auf die consuetudo provinciae), CXXXIX num. 36 sqq. (hinsichtlich des Sachsenrechts), CCXXIII num. 80.

[58]) Zasius, Consil. I 14 num. 23 sqq., 15 num. 26—27 (vgl. auch denselben ad l. De quibus num. 27); Consil. Marpurg. I 24 num. 16 (propter vicinitatem ist die consuetudo, die an vielen Orten der dem fraglichen Orte benachbarten terra gilt, auch für diesen probabilior, jedoch nach num. 162 nicht, wenn für den Fall ius scriptum besteht). Auch Gobler, Der Rechten Spiegel (ich benutzedie Frankfurt 1550 erschienene Ausgabe) Bl. 18a erwähnt unter den zu beachtenden rechtlichen Gewohnheiten die „der umbliegenden nachbar landen".

[59]) Eine Übersicht über die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts geben insbes. Zasius, ad l. De quibus num. 24—40; Oldendorp, ad eandem l.; Wesenbeck, Comment. pag. 21—22; Mynsinger, Observat. VI 41 num. 3 sqq. und 42 num. 1 sqq., Resp. CXXI num. 7 sqq.; Gail, Observ. II 31; Vulteius in den Consil. Marpurg. I 33 num. 63 (schliesst sich ganz an Mynsinger und Gail an); Althusius in seiner Dicaeologica (Frankfurt 1618) I 15 § 21.

[60]) Unten d.

[61]) Unten g.

Corpus iuris civilis und mit der bei den Postglossatoren herrschenden Meinung[62]), im allgemeinen 10 Jahre für genügend[63]). Dass die legitima praescriptio im Sinne des kanonischen Rechts für das Zivilrecht keine Bedeutung habe, nahm man in Übereinstimmung mit der Ansicht sowohl der Postglossatoren als der Kanonisten[64]) an[65]). Dagegen wurde unvordenkliche Zeit nicht nur im Einklang mit der Doktrin der Kanonisten[66]) für ein einem Reservatrecht des Princeps widersprechendes Gewohnheitsrecht gefordert[67]), sondern auch mehrfach für jede consuetudo contra legem als notwendig erachtet[68]); hiervon wurde jedoch das Verhältnis der alten einheimischen Gewohnheitsrechte zum Justinianischen Recht kaum berührt, zumal da man bei Unvordenklichkeit des Gewohnheitsrechts vom Beweise

[62]) Meine Lehre vom Gew.-R. I S. 105—106 und S. 142.

[63]) Tengler's Laienspiegel (ich benutze die Strassburg 1560 erschienene Ausgabe) Bl. 32b; Zasius, Paratit. ad tit. De legibus num. 17 und Comment. ad. l. De quibus num. 34 (an beiden Stellen jedoch nur für consuetudines extraiudiciales, während er für iudiciales gar keine bestimmte Zeit gefordert zu haben scheint); Oldendorp, ad eandem l. (fordert jedoch längere Zeit für derogatorische Gewohnheitsrechte; Fichard, Consil. II 43 num. 3 (jedoch längere Zeit für Gewohnheitsrecht contra ius commune erforderlich); Mynsinger, Observ. VI 41 num. 1 und resp. CXXI num. 11—12 (an beiden Stellen auch für consuetudines contra legem; anders aber Resp. XXXIX num. 13); Gail, Observ. II 31 num. 3 (nach Zivilrecht auch contra legem); Vulteius in den Consil. Marpurg. I 33 num. 65; Wesenbeck, Comment. pag. 22 (diuturnitate temporis, quod Dd. decennium esse volunt. Wesenbeck selbst aber hält mit dem Sächsischen Recht eine praescriptio triginta annorum et amplius für richtiger, vgl. unten N. 71 und auch unten N. 68), Consil. CCLXVIII num. 82—83 (schlechthin decennium). — Bachoff von Echt, Comment. num. 3 wollte die Zeit dem arbitrium iudicis überlassen; ebenso, wie es scheint, Besold, Delib. iuris pag. 95.

[64]) Meine Lehre v. Gew.-R. I S. 143 und 198—199.

[65]) Laienspiegel Bl. 32b (nur nach päpstlichem Recht sind, wenn die Gewohnheit gemeinem Recht widerwärtig ist, 40 Jahre erforderlich); Zasius, ad l. De quibus num. 34 (nur contra canones et iura ecclesiastica sind 40 Jahre erforderlich); Gail, Observ. II 31 num. 3.

[66]) Meine Lehre vom Gew.-R. I S. 197 Anm. 49 a. E.

[67]) Gail, Observ. II 31 num. 4; vgl. Fichard, Consil. I 2 num. 2 (Nun ist aber bey den Rechtsgelehrten ein gemeyne einhellige Schlussrede, dass ein uralte uber menschen lebtag und gedenken verjärte gewonheyt nicht weniger kräfftig noch geringer zu achten sey dann ein Keyserlich Privilegium).

[68]) Fichard, Consil. I 12 num. 12; Wesenbeck, Comment. pag. 22.

der einzelnen Übungsakte absah[69]). In den Ländern des Sächsischen Rechts führte allerdings der Zusammenhang der für das Gewohnheitsrecht verlangten Übungszeit mit der Verjährungszeit zu einer besonderen Erschwerung der Anerkennung von Gewohnheitsrechten, indem die dort für die Ersitzung von Immobilien geforderte Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen[70]) auch als Erfordernis für die Entstehung von Gewohnheitsrechten angesehen wurde[71]); aber auch dies Verlangen war nur für neu sich bildende Gewohnheitsrechte von Bedeutung.

b) Hinsichtlich der Zahl der Übungsakte gelangte die von Bartolus und Baldus vertretene, aber in Italien nicht zur Herrschaft gekommene freiere Auffassung, dass das arbitrium iudicis massgebend sei[72]), bei den deutschen Juristen in weitem Umfange zur Annahme[73]). Dabei wurden im allgemeinen zwei Akte als genügend angesehen, wenn sie ihrer Beschaffenheit nach geeignet seien, die stillschweigende Zustimmung des Volkes darzutun resp. herbeizuführen[74]).

---

[69]) Unten N. 158.

[70]) Vgl. die Zitate bei Beseler, System des gem. D. Privatr. 4. Aufl. § 87 Anm. 28; ferner (insbes. auch über abweichende Berechnung der Frist) Stobbe, Handb. d. D. Privatr., 3. Aufl., I § 68 N. 29, II § 112 Text vor N. 7.

[71]) Fachs und Reinhard, Differentiarum iuris civilis et Saxonici libri duo, Jenae 1595 (ed. Leopoldus Hakelmann), Lib. I Diff. 12 (nach Zivilrecht genügen 10 Jahre für die Einführung einer consuetudo. At de iure Saxonico aliud est, cum enim ius Saxonicum non agnoscat aliam praescriptionem, nisi 30 annorum anni et dierum iuxta ea, quae in praecedenti differentia dicta sunt, itaque hoc iure ad inducendam consuetudinem requiritur spatium 30 annorum anni et dierum vulgo 30 Jahr. Jahr und Tag), Lib. II Pars VI Diff. 2 cll. 3 (annus de iure Saxonico = Ein Jar, drei Tag und sechs Wochen); Wesenbeck, Comment. pag. 22 (oben N. 63). Vgl. ferner die Zitate bei Stobbe, Handb. I § 22 N. 9, und bei Gierke, Dtsch. Priv.-R. I § 20 N. 50.

[72]) Meine L. v. Gew.-R. I S. 144.

[73]) So insbesondere Mynsinger, Observ. XLI num. 7, Resp. XXXII num. 30 und CXXI num. 10; Gail, Observ. II 31 num. 7 sqq.; Wesenbeck, Comment. pag. 22, Consil. CCLIII num. 65; Althusius, Dicaeol. I 15 § 21; Bachoff von Echt, Comment. De consuet. num. 3.

[74]) Mynsinger, Observ. XLI num. 8, Resp. CXXI num. 10 (nach der communis opinio sollen 2 gerichtliche Anerkennungen der consuetudo genügen; ebenso 2 actus extraiudiciales, si sint multum celebres); Gail II 31 num. 7 sqq.; Wesenbeck, Consil. CCLXVIII num. 82—83 (auch 2 Akte extra iudicium

c) Das — selbstverständliche — Erfordernis der Gleichmässigkeit der Übungshandlungen wurde allgemein angenommen[75]), aber nur von einzelnen Schriftstellern in dem strengen Sinne aufgefasst, dass schon ein gegenteiliger Akt, insbesondere ein gegenteiliges Urteil, die Entstehung eines Gewohnheitsrechts ausschliesse[76]).

d) Dass Gerichtlichkeit der Übungshandlungen für Bildung und Beweis eines Gewohnheitsrechts nicht erforderlich sei, wenngleich gerichtlichen Aussprüchen in dieser Hinsicht eine besonders grosse Bedeutung zukomme, wurde von den deutschen Juristen in Übereinstimmung mit den Postglossatoren[77]) durchaus anerkannt[78]), und insbesondere auch das

---

contradictorium genügen, wenn sie multum celebres sind); Bachoff von Echt, l. c. num. 2. — Zasius (ad l. De quibus num. 31 und 50) erklärte 2 actus iudiciales für ausreichend und unter Umständen sogar einen actus extraiudicialis (ad eandem l. num. 53—54).

[75]) So z. B. Laienspiegel, Bl. 32b; Zasius, ad l. De quibus num. 35 sqq.; Oldendorp, ad eandem l. (innerhalb des decennium keine varietas actuum); Mynsinger, Observ. VI 42 num. 2 sqq. und Resp. CXXI num. 19—20 (die bezeugten actus dürfen nicht difformes und dissimiles sein, weil sonst der unanimis populi consensus fehlen würde); Consil. Marpurg. II 11 num. 58.

[76]) Fichard II 33 num. 16; Althusius, Dicaeol. I 15 § 21. Auch Perneder, Institutiones (ich benutze die Ingolstadt 1546 erschienene Ausgabe) Bl. 5 C—D sagt, es dürfe innerhalb der Zeit von 10 Jahren „keine Anfechtung oder Widerwärtiges" erfolgt sein.

[77]) Meine L. v. Gew.-R. I S. 145—146.

[78]) Zasius, Paratit. ad tit. De legibus num. 17, Comment ad l. De quibus num. 34 (nach num. 49 ist aber sententia diffinitiva iudicis causa cognita Beweis für die consuetudo bis zum Gegenbeweis); Oldendorp, ad eandem l.; Fichard, Consil. II 33 num. 16 (es kan ein . . . . gewonheit durch gemeinen langwierigen und gleichförmigen gebrauch wol aufkommen, bestehen und kräfftig seyn, Ob auch gleich kein mal rechtlich darauff gesprochen oder erkannt worden), vgl. aber auch I 12 num. 15; Mynsinger, Observ. XLI num. 15—16 (sicut lex inducitur absque actu iudiciario, ita et consuetudo), Resp. CXXI num. 17; Gail, Observ. II 31 num. 8; Meichsner, Decis. III 9 num. 165—167; Gylmann, Symphor. I P. III Vot. II num. 19; Wesenbeck, Comment. pag. 22 (erforderlich ist zur Einführung der consuetudo actum frequentia, maxime iudicialium, si haberi possunt, quamvis quoque extraiudicialibus illa probetur), Consil. CCLXVIII num. 82—83; Consilia a Laurentio Kirchovio collecta (Francof. 1605) II 10 num. 65—66 (actus iudiciarii werden zum Beweise der consuetudo verlangt, aber nicht de necessitate).

Reichskammergericht stellte sich auf diesen volksfreundlichen Standpunkt[79]).

e) Dagegen hielten die deutschen Juristen, im Anschluss an die Lehre der Kanonisten[80]), aber zugleich in unbewusster Übereinstimmung mit der althergebrachten deutschen Anschauung[81]), für erforderlich, dass die Übenden kraft rechtlicher Überzeugung so und nicht anders gehandelt hätten[82]). Die das Gewohnheitsrecht begründenden Akte dürften nicht voluntarii oder merae facultatis sein, sondern müssten vielmehr ex debito vel ex necessitate oder, wie Fichard sagt, „vor ein Recht"[83]) vorgenommen sein[84]); dagegen könnten insbesondere „ex mera gratia vel civilitate", aus Friedfertigkeit oder Bequemlichkeit entsprungene (affirmative) Handlungen oder Unterlassungen für die Bildung eines Gewohnheitsrechts nicht in Betracht kommen[85]). Andererseits wurde, wenngleich seltener,

[79]) Gail, Observ. II 31 num. 9 (communis opinio, quam etiam Camera saepe secuta est).

[80]) Meine L. v. Gew.-R. I § 24 (bes. S. 173 ff.).

[81]) Ebendaselbst I § 30.

[82]) Die Ausdrücke „opinio iuris" oder „opinio necessitatis" sind aber, soweit ich habe ermitteln können, erst im 18. Jahrhundert aufgekommen.

[83]) Vgl. die ähnlichen lateinischen Wendungen der Kanonisten in meiner L. v. Gew.-R. I § 24 N. 9, 11 und 13.

[84]) Zasius, ad l. De quibus num. 57 (non tamen hoc omitto, quod, si actus essent merae et prorsus liberae facultatis, ut sunt bibere et comedere, tunc eorum frequentia etiam si decies millies fierent, non inducerent consuetudinem: ut si civitas consuevisset vendere frumentum tantum vicinis, ex hoc non oriretur consuetudo quae ad huiusmodi obligaret); Althusius, Dicaeol. I 15 § 21 (. . . . actuum similium, non tamen eorum, qui merae sunt facultatis et voluntarii); Fichard, Consil. II 43 num. 2 (Item, dass es so viel als vor ein Recht, under denen, darunter die im brauch gewesen, und mit derselben gutem willen also gehalten seyn worden); Meichsner, Decis. Camer. Tom. II lib. I dec. 1 num. 7 sqq. (bloss negative Handlungen und auch affirmative merae facultatis genügen nicht, die Handlung oder Unterlassung muss ex necessitate vel debito hervorgegangen sein; ganz ähnlich Gylmann, Symphor. Tom. I P. II tit. VIII Vot. VII num. 17 sqq.), Tom. III dec. 14 num. 72; Casparis Klocki Consilia (ich benutze die 2., Nürnberg 1673 erschienene Ausg.), Tom. II cons. 19 num. 85 (ex non actu vel abstinentia ab actu, quem quis facere potest vel non, non induci consuetudinem vel ius prohibendi etiam tempore immemoriali).

[85]) Fichard a. a. O. (s. die vor. Note) num. 3 („Es vertragt sich

gefordert, dass die Übungsakte voluntarii im Sinne der Abwesenheit von Zwang seien[86]).

f) Während die später s. g. opinio iuris sive necessitatis, wenn auch in den allgemeinen Erörterungen über das Gewohnheitsrecht zurücktretend, in der Praxis starke Betonung fand[87]), wurde dem stillschweigenden Willen des Volkes resp. der Majorität des Volkes[88]), dass der geübte Satz Rechtssatz sein solle[89]), vermöge der Grundauffassung des Gewohnheits-

---

mancher, und begibt etwas an seiner Gerechtigkeit wissentlich, allein dass er als ein Friedliebender nicht hadern noch rechten mag, und dafür abscheuwen hat. Mancher wil oder hat auch nit den Kosten darauff zu wenden", insbesondere um sich Rechtsbelehrung zu verschaffen. Das könne anderen, die ihrer Rechte gut acht haben, nicht präjudiciren); Meichsner, Decis. Camer. Tom. II lib. I dec. 1 num. 11 und Tom. III dec. 14 num. 72; Gylmann, a. a. O. (s. die vor. Note) num. 23; Klock, Liber sing. Relat. rel. V num. 233 sqq. (Unterscheidung, ob die Belehnung der agnati collaterales iure successionis oder ex mera gratia stattgefunden hat).

[86]) Fichard, Consil. II 43 num. 2 (v. v. mit derselben gutem willen); Klock, Lib. sing. Relat. rel. V num. 211 (es ist erforderlich, dass die actus non sint extorti aut violenti, sed voluntarii). Nach Conrad Lagus (Compendium iuris civilis et Saxonici, Magdeburg 1602, Buch I Tit. V) ist, was wider Göttliche und beschriebene Recht aus unfleis oder Tyranney der Obrigkeit in langer Übung gewesen, kein Recht.

[87]) S. die Zitate in Anm. 84 und 85.

[88]) Zasius, ad l. De quibus num. 10 (tacitus consensus populi), 36 (es genügt die gleichmässige Übung maioris partis populi), 48 (consensus populi); Althusius, Dicaeol. I 15 § 21 (tacitus populi totius consensus); Mynsinger, Observ. VI 41 num. 3 und bes. num. 12 (der tacitus consensus populi vel maioris partis die causa proxima der consuetudo); derselbe, Resp. CXXI num. 7, 14 und 15 (Majorität des Volkes), aber auch 19—20 (unanimis populi consensus; ebenso Observ. VI 42 num. 2 und 3, vgl. oben N. 75); Gail, Observ. II 31 §§ 7 und 9; Vulteius in den Consil. Marpurg. I 33 num. 69—70; Carpzov, Decis. Saxon. CI num. 21 (consuetudo tacito populi consensu introducitur).

[89]) Zasius, ad l. De quibus num. 20, fordert geradezu, dass die consuetudo vom Volke deliberate eingeführt werde. Anderswo (Consil. I 5 num. 84) erklärt er, wenn das Volk durch seine Übung nur ein bestehendes Gesetz beobachten, nicht ein Gewohnheitsrecht einführen wolle, so sei der erforderliche consensus populi nicht vorhanden. Animus introducendae consuetudinis wird für Entstehung eines Gewohnheitsrechts gefordert von Althusius, Dicaeol. I 15 § 21, animus et intentio introducendae consuetudinis von Klock, Liber sing. Relat. rel. V num. 208.

rechts als statutum tacitum[90]) eine grosse prinzipielle Bedeutung beigelegt. Aber dieses Erfordernis führte doch ein ziemlich schattenhaftes Dasein[91]) und war deshalb wenig geeignet, der Anerkennung bestehender Gewohnheitsrechte Eintrag zu tun. Insbesondere wurde der Wille der Übenden und der Wille der übrigen Volksgenossen nicht scharf unterschieden[92]) und auch die verwandte Frage der Vertretung des Volkes in Schaffung des Gewohnheitsrechts nur selten berührt[93]); auch war man sich über das Verhältnis zwischen der Überzeugung der Übenden, dem bestehenden Recht gemäss zu handeln, und dem Willen, neues Recht zu schaffen, fast durchaus unklar[94]). Dem Gewohnheitsrecht besonders günstig war die Auffassung Wesenbecks[95]), dass der Ursprung der consuetudo überhaupt meist unerkennbar sei und dass es deshalb genügen müsse, wenn die

[90]) Oben III 1.

[91]) Vgl. meine L. v. Gew.-R. I S. 146—147 über die Verflüchtigung dieses nach der Theorie der Postglossatoren prinzipalen Faktors des Gewohnheitsrechts in ihren näheren Ausführungen.

[92]) Über die geringen Ansätze zu einer solchen Unterscheidung bei den Postglossatoren s. mein angef. Buch I S. 149 N. 47.

[93]) Zasius, ad l. De quibus num. 40 sagt: factum legitimum iudicis, cui non reclamatur, censetur populi factum interpretative quo ad consensum. Nach dem Laienspiegel Bl. 32b soll für die Annahme eines Gewohnheitsrechts — das vorher als Werk des „gemein volck" bezeichnet wird — besonders darauf geachtet werden, „ob die mehr verstendigen, als Magistrat, Richter, uñ ander, dadurch ein gemein mög verstanden, die selben gebrauchen"; dagegen „ob etwa weiber, taub, minderjärig, dienst oder einfeltig arm leut, die nit mögen eynig gesatz machen, sollich gewonheyt auffbracht, oder dawider gehandelt, so hett es nit grundt" (vgl. über eine ähnliche Äusserung Oldendorp's oben Text nach N. 24).

[94]) Am unzweideutigsten tritt der innere Widerspruch zwischen den beiden Erfordernissen hervor in der kurzen Formulierung bei Althusius, Dicaeol. I 15 § 21: Debent enim actus ille fiere vi et vigore consuetudinis, et animo consuetudinem introducendi. Conr. Lagus a. a. O. erklärt erst, Gewohnheitsrecht sei „das in einer Gemeine vor eine lange und wohlhergebrachte weyse vor tüglich und recht ist gehalten worden"; dann aber sagt er, die Gewohnheit, die wie das Statut Willkür sei, müsse von der Gemeine bewilliget sein. Über Zasius' klarere Auffassung s. oben N. 89; jedoch verlangt dieser überhaupt keine Rechtsüberzeugung für Bildung eines Gewohnheitsrechts.

[95]) Comment. pag. 22.

einzelnen Übungsakte wahrscheinlich zur Kenntnis des Volkes gelangt seien.

g) Die Frage, ob die Zustimmung des Kaisers oder des Landesherrn für Entstehung eines Gewohnheitsrechts erforderlich sei, wurde, soweit es sich nicht um das besondere Gewohnheitsrecht einer (durchaus) unselbständigen Gemeinschaft handelte [96], in der Regel gar nicht aufgeworfen. Nur wenige Schriftsteller glaubten, wegen der monarchischen Staatsform müsse man, abweichend von Julians Ausspruch in der l. 32 D. h. t., für ein gemeines Gewohnheitsrecht oder für gewohnheitsrechtliche Abschaffung eines Gesetzes die stillschweigende Zustimmung oder wenigstens Duldung von seiten des Princeps präsumieren [97]; aber auch diese Ansicht führte zu keiner praktischen Einschränkung des Gewohnheitsrechts.

h) Die Frage, ob resp. inwiefern Irrtum die Bildung eines Gewohnheitsrechts hindere, wurde ebenfalls nur wenig berücksichtigt. In der Beantwortung gingen die Ansichten stark auseinander. Während Mynsinger [98] und Gail [99] schlechthin die aus Irrtum hervorgegangene consuetudo für ungültig erklärten, wurde doch auch schon die Meinung vertreten, dass eine solche consuetudo durch den in späterer Übung bekundeten Konsens konvaleszieren könne [100]. Auf die insbesondere von Zasius [101] geforderte certa scientia legis wollte Wesenbeck [102] infolge seiner oben erwähnten Auffassung hinsichtlich des principium consuetudinis kein Gewicht legen.

i) Das Erfordernis der Rationabilität des Gewohnheits-

---

[96]) Oben Text nach N. 51.

[97]) Althusius, Dicaeol. I 15 § 21 (mit Berufung auf Gail's Observationes, die aber könne derartige Behauptung enthalten): für eine generalis consuetudo ist heutzutage principis scientia vel patientia erforderlich; Besold, Delib. iuris pag. 94—95 (alias Populus — in der Monarchie — legem non abrogat nisi interveniat Principis scientia praesumpta). Vgl. auch Bachoff von Echt, Commentar., De consuetudine num. 6 (schliesst sich der Ansicht Placentin's, „licet improbata", an).

[98]) Observ. VI 41 num. 11; Resp. XIII § 31, XXXII § 32, CXXI § 13.

[99]) Observ. II 31 § 11.

[100]) Gylmann, Symphor. Tom. I P. II tit. VIII Vot. VII num. 25—26.

[101]) Ad l. De quibus num. 58 sqq., Consil. I 5 num. 84 sqq.

[102]) Comment. pag. 22.

rechts wurde meist unabhängig von der Bedeutung des Irrtums erörtert. Allgemein wurde angenommen, dass eine consuetudo, welche dem ius divinum vel naturale widerspreche, bzw. welche eine Sünde enthalte, keinen Rechtssatz begründen könne[103]); daneben hoben manche Schriftsteller hervor, dass die Gewohnheit nicht contra bonos mores oder contra bonum publicum verstossen dürfe[104]). Die Ansicht der späteren Kanonisten und

[103]) S. bes. Zasius, Paratit. ad tit. De leg. num. 16 (consuetudinem satis dici rationabilem, si non nutriat peccatum), Comment. ad l. De quibus num. 64 sqq. (consuetudo contra rationem legis naturalis vel iuris divini pugnare non potest; das ius naturale vel divinum kann aber immerhin durch eine consuetudo distinguiert oder temperiert werden — vgl. meine L. v. Gew.-R. I S. 182 N. 31 a. E. über die entsprechende Ansicht Innocenz' IV.), Consil. I 5 num. 60 sqq. (eine Gewohnheit wodurch die Kinder aus erster Ehe von Beerbung der Eltern ausgeschlossen würden, wäre contra divinas scripturas und contra rationem naturalem und deshalb ungültig). — Vgl. ferner Oldendorp ad l. 34—36 h. t. (Opera I pag. 102); Vulteius in den Consil. Marpurg. I 33 num. 72 (in bezug auf Lehen gilt auch eine consuetudo irrationabilis, modo in se non contineat peccatum); Mynsinger, Observ. VI 41 num. 4—6; Gail, Observ. I 18 num. 5, I 112 num. 3, II 31 num. 14 (s. aber auch unten N. 110); Gylmann, Symphor. Tom. III pag. 96—97 (das Reichsgesetz über die successio der Enkel hat rückwirkende Kraft, weil die gewohnheitsmässige Ausschliessung der Enkel contra ius naturale verstösst; dagegen hat das RKG. in einem Rechtsfall, der vor dem Reichsgesetz v. 1521 sich erreignet hatte, die consuetudo, durch welche die filii fratrum von der successio patruorum ausgeschlossen wurden, als rechtsgültig anerkannt); Klock, Lib. sing. Relat. IX num. 147 (darin stimmen alle Doctores überein, dass eine consuetudo, die iuri divino et naturali repugnet, nicht den Namen einer consuetudo verdiene); Hartmann Pistoris, Quaest. iuris III 2 num. 49 (das pactum usurarium kann durch keine consuetudo Kraft erhalten, weil es dem ius divinum widerspricht; dagegen Wesenbeck, Consil. CLXXI num. 24 und CXCIX num. 33, der aber, wie insbes. Comment. pag. 22 zeigt, im Prinzip nicht von der communis opinio abweicht); Bachoff von Echt, Comment., De consuet. num. 4. — Carpzov, Decis. Saxon. LX num. 15—16 unterscheidet freilich in der Art, dass nur nach ius Pontificium die consuetudo quae nutrit peccatum irrationell sei, hingegen nach Zivilrecht es bloss darauf ankomme, dass die consuetudo dem bonum publicum nicht widerspreche.

[104]) Laienspiegel Bl. 32 B (auf guot sitlich ursachen gegründet, auch gemeinem nutz erschiesslich); Zasius, ad l. De quibus num. 64 (nicht contra rationem bonorum morum); Oldendorp, ad l. De quibus (nur die consuetudo, quae ad hominum utilitatem deserviat, gilt); Fichard, Consil. II 33 num. 16 (der Billigkeit und Erbarkeit gemess); Gylmann, Symphor. Tom. III pag. 32—33 und 164 (nach der Praxis des Reichskammer-

der Postglossatoren [105]), dass das Gericht im einzelnen Falle darüber zu entscheiden habe, ob eine Gewohnheit irrationell und deshalb ungültig sei, fand um so leichter allgemeine Zustimmung [106]), als zahlreiche deutsche Gerichtsordnungen und vor allem die Reichskammergerichtsordnung Bestimmungen enthielten, wodurch die Gerichte angewiesen wurden, nur nach redlichen, ehrbaren usw. Gewohnheiten Recht zu sprechen [107]).

Bemerkenswert ist jedoch, dass Widerspruch mit dem ius civile und also namentlich auch mit den im Corpus iuris civilis enthaltenen Vorschriften nicht als irrationell galt [108]). Freilich waren die deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit vielfach nur allzusehr geneigt, die Anschauungen der römischen Juristen über die Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit eines

---

gerichts ist eine consuetudo, wonach in causis profanis an den Papst appelliert wird, ungültig, weil sie vergit in praeiudicium Imperii); Wesenbeck, Consil. CCIII num. 20 (die pactio affirmativa de successione futura ist contra bonos mores und kann deshalb auch nicht durch consuetudo rechtliche Geltung erlangen); Carpzov, Decis. Saxon. LX num. 16 (s. die vorige Anm.).

[105]) Meine L. v. Gew.-R. I S. 155 und 185—186.

[106]) S. bes. Laienspiegel Bl. 32 B (in massen das alles — vgl. oben N. 104 z. A. — ein yeder verstendiger Richter zuo mässigen haben mag); Zasius, Consil. I num. 75 (dicta iniqua consuetudo ex officio iudicis tolli et cassari debet: hoc enim ordinationes Consistorii sacri Romani Imperii — d. h. des RKG.'s — exigere dicuntur); Gail, Observ. II 31 num. 14 (mit Berufung auf Panormitanus). Vgl. auch die in N. 103 und 104 angeführten Stellen aus Gylmann über hieher gehörige Entscheidungen des RKG.'s.

[107]) RKGO. v. 1495 § 3, v. 1555 Tl. I Tit. 13 § 1 und Tit. 57. Von hieher gehörigen partikularrechtlichen Vorschriften nenne ich die Hessische Hofgerichtsordnung v. 1500 tit. 2 (Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsqu. II S. 131); die Mainzer Hofgerichtsordnung v. 1516 tit. 9 (Stobbe, ebendaselbst); die Württembergische Hofgerichtsordnung v. 1514 (Waechter, Württemb. Privatr. I S. 94) und das Württemb. Landrecht v. 1555 I 2; die Pfälzische Hofgerichtsordnung v. 1582 tit. 6 § 2 (Stobbe a. a. O. S. 139 N. 91); die Pommersche Gerichtsordnung v. 1566 (Stobbe a. a. O. S. 129); der Stadt Hamburg Statuten und Gerichtsordnung v. 1605, am Schluss (Wulff, Hamburg. Gesetze und Verordnungen, Bd. II, Hamb. 1891, S. 235).

[108]) Zasius, ad l. De quibus num. 64 (s. N. 111); Mynsinger, Observ. VI 41 num. 6, Resp. CXXI num. 8; Bachoff von Echt, Comment., De consuet. num. 4 (gegen die decreta iuris naturalis kann das ius civile nichts, wohl aber kann eine neue lex oder eine consuetudo contra ius civile et rationem eius entstehen); Mevius, Decis. Vismar. P. IX dec. 160 num. 3.

Satzes sich anzueignen[109]). Aber gerade die hervorragendsten deutschen Schriftsteller und vor allem die Jurisprudenz des Reichskammergerichts vertraten den Standpunkt, dass, wenigstens abgesehen von einem Verstoss gegen das ius naturale[110]), die Ansicht des Volkes, bei dem eine Rechtsgewohnheit bestehe, resp. der an der Übung Beteiligten, für deren Rationabilität massgebend sei[111]).

Können wir schon danach in dem Verlangen, dass das als gültig zu behandelnde Gewohnheitsrecht rationell sein müsse, keine Feindschaft gegen das Gewohnheitsrecht und insbesondere gegen die einheimischen Rechtsgewohnheiten erblicken, so wird eine solche Auffassung noch mehr ausgeschlossen durch die Wahrnehmung, dass das Erfordernis der Rationabilität von den deutschen Rechtsgelehrten nach dem Vorgang der Kanonisten und Postglossatoren[112]) nicht als ein spezifisches für Gewohnheitsrechte, sondern als ein den Gewohnheitsrechten und den Gesetzen bzw. Statuten gemeinsames betrachtet wurde[113]). Mehrfach finden wir sogar, wie schon früher in der

[109]) Mannigfache Belege gibt Stobbe a. a. O. § 65 N. 17 (II S. 117).

[110]) Nicht einmal diese Schranke aber wurde von Gail, trotz seiner streng katholischen Gesinnung, festgehalten (s. die folg. Note).

[111]) Zasius, ad l. De quibus num. 64 (satis dicetur rationabilis, habita ratione populi, in qua viget, etiam si sit contra rationem legis positivae); Gail, Observ. I 36 num. 15 (dicuntur autem laudabiles — sc. consuetudines — vel iuri naturali non repugnare, quoties statuentes vel observantes existimant illas esse bonas, suisque moribus convenientes. Nam id pro ratione est, licet iniquitatem aliaquam contineat); Gylmann, Tom. I P. III Vot. II num. 14 sqq. (praeterea notum est ad hoc, ut valeat . . . . consuetudo aut statutum . . . . sufficere, quod statuentes putaverint esse bonum); Carpzov, Decis. Saxon. LX num. 16. Vgl. über einen ähnlichen Ausspruch von Baldus meine L. v. Gew.-R. I § 25 N. 16 (S. 180).

[112]) Meine L. v. Gew.-R. I S. 186—187 (Kanonisten) und S. 156 z. A. (Postglossatoren). Vgl. ebendas. S. 75 ff. die Ausführung über den gleichen Standpunkt des kanonischen Rechts.

[113]) Laienspiegel, Vorrede (guoten gewonheyten oder ordnungen) Bl. 3 B und 4 B (in der dort gegebenen Formel des Richtereids sowie des Eids der Beisitzer, Urteiler und Ratgeber beziehen sich die Worte „erbern, redlichen uñ leidenlichen“ nicht nur auf die Gewohnheiten, sondern auch auf die Gesetze); Fichard, Consil. I 35 num. 18 (debet consuetudo, ut pro valida possit haberi, rationabilis esse, adeoque legem imitari); Gail,

kanonistischen Literatur[114]), die Ansicht, dass dieses Erfordernis in erster Linie für Gesetze bestehe und auf Gewohnheitsrechte kraft Analogie anzuwenden sei[115]). Der Anschauung der Juristen entsprechend beschränkten auch Reichs- und Partikulargesetze die Anerkennung wie von Gewohnheitsrechten so von Statuten (Ordnungen) auf solche, welche ihrem Inhalt nach zu billigen (gut, redlich usw.) seien[116]).

5. Gemäss ihrer Grundanschauung, dass das Gewohnheitsrecht ein statutum tacitum sei, und in Übereinstimmung mit der Anschauung der Postglossatoren und späteren Kanonisten[117]) schrieben die deutschen Juristen der Rezeptionszeit dem Gewohnheitsrecht die gleiche Kraft wie dem Gesetze zu[118]);

Observ. I 36 num. 12 (die consuetudines et statuta rationi atque naturali iuri non repugnantia sind in den Gerichten sorgfältig zu beobachten), II 31 num. 13 (die consuetudo muss rationi consentanea sein, weil die consuetudo lex ist und die lex sancta sein muss); Gylmann, Tom. I P. III Vot. II num. 14 (oben N. 111); Consil. Marpurg. II 9 num. 107 sqq. (durch consuetudo oder statutum kann Kindern die legitima nicht völlig entzogen werden, weil dies contra ius naturale wäre); Wesenbeck, Consil. CCIII num. 20 (consuetudines und statuta dürfen nicht contra bonos mores verstossen, können daher insbesondere nicht affirmative Erbverträge rechtsgültig machen); Bachoff von Echt, Comment., De consuet. num. 4 (hinsichtlich der rationabilitas nihil proprium et diversum a lege habet consuetudo); Mevius, Decis. Vismar. P. IX Dec. 151 (irrationell und deshalb nichtig ist ein Statut oder eine consuetudo, wodurch den parentes der Pflichtteil entzogen würde).

[114]) Meine L. v. Gew.-R. I § 25 N. 53 (S. 186).

[115]) Vgl. die in N. 113 angef. Äusserungen von Fichard, Gail (II 31 num. 13), Bachoff.

[116]) So die RKGO. v. 1495 § 3 (nach redlichen, erbern und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewonheyten), v. 1555 Tl. I Tit. 13 § 1 (ehrbare, ländische Ordnungen, Statuten und redliche ehrbare Gewohnheiten) und Tit. 57 (nach redlichen, ehrbarn und ländischen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten); vgl. auch die Reichshofratsordnung v. 1654 Tit. I § 15 (gute Ordnungen und Gewohnheiten). — Ebenso die Hessische Hofgerichtsordnung v. 1500 tit. 2 (nach reddelichen und erbarn statuten ordenungen und gewonheyten); Mainzer Hofgerichtsordnung v. 1516 tit. 9 (redlichen, erbaren und leidlichen Ordnungen, Statuten, Gewonheiten und Gebrauch); Württemberg. Landrecht v. 1555 I 2 (erbarn Statuten und Gewonheiten); Pommersche Gerichtsordnung v. 1566 (Erbare Statut und gewonheiten).

[117]) Meine L. v. Gew.-R. I 156, 167, 188 ff.

[118]) Zasius, Paratit. ad tit. De leg. num. 16, Comment. ad l. De quibus

ja einige waren geneigt, die Kraft des Gewohnheitsrechts für die grössere zu erklären[119]). Selbst die Ansicht, dass Gesetze nur dann Geltung hätten, wenn sie gewohnheitsrechtlich rezipiert seien[120]), fand manche Vertreter[121]). Dass die consuetudo optima legum interpres sei, wurde gern hervorgehoben[122]). Vor allem aber wurde die Frage der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetze in Theorie und Praxis aufgeworfen resp. erörtert und durchgängig in bejahendem Sinne beantwortet[123]). Eine solche Kraft wurde

num. 67 sqq.; Perneder, Institutiones Bl. V B; Fichard, Consil. I 65 num. 3 (consuetudo et lex, quantum ad observantiam et decisionem caussarum, parem vim obtinent); Kirchovii Consilia II 34 num. 1 (So ist gemeinlich war, dass Statuten und gewonheit gleiche krafft und würcklichkeit haben); Mynsinger, Observ. IV 24 (quae potest Princeps, potest consuetudo facere); Gail, Observ. I 36 num. 12; Wesenbeck, Comment. pag. 23 (effectus consuetudinis non minor quam ipsius legis); Althusius, Dicaeol. I 15 § 20 (pro lege habetur); Besold, Delibata iuris pag. 94 (consuetudo legis habet vigorem).

119) So erörterte Cothmann (vgl. oben II, bes. N. 34) eingehend die Frage, consuetudinis an legis maior sit auctoritas, und beantwortete sie teilweise zugunsten der ersteren. Auch Besold, Delib. iuris pag. 94, erwähnt, dass nach Meinung einiger „consuetudo potentior quoque statuto esse perhibetur".

120) Meine L. v. Gew.-R. S. 80 und S. 123.

121) So erklärt ein Urteil der Ienenser Rechtsfakultät (Matthiae Coleri Decisiones Germaniae, Lipsiae 1603, dec. XLVIII num. 9 sqq.), dass die consuetudo, wonach den Kindern eines verstorbenen Bruders kein Erbrecht zukomme, auch trotz des Reichsgesetzes v. 1521 beachtet werden müsse, da dieses Gesetz in Sachsen nicht rezipiert sei. Allgemein sagt Meichsner (Decisiones causarum in Cam. Imper. iudicatarum, Tom. III dec. 14 num. 91 und 92), wenn ein Statut 10 Jahre nach seiner Errichtung nicht beobachtet sei, verliere es seine Kraft. Sehr eingehend und entschieden dagegen bekämpft Carpzov, Decis. Saxon. CI, die „gemeine" Ansicht, dass Statuten nur gelten, si usu ac observantia fuerint recepta et approbata, und führt aus, dass sie vom Moment ihrer Promulgation an so lange Gesetzeskraft haben, bis sie durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht abgeschafft seien.

122) S. z. B. Zasius, Comment. ad l. 39 D. De pactis num. 11; Wesenbeck, Comment. pag. 23; Mynsinger, Observ. III 63 num. 5; Hartmann Pistoris, Quaest. I 16 num. 10, II 10 num. 89 sqq. Vgl. auch unten N. 160.

123) Laienspiegel Bl. 32 B; Zasius, ad l. De quibus num. 72 sqq.; Oldendorp, ad eandem l.; Perneder, Institutiones Bl. V D und 129 D; Wesenbeck, Comment. pag. 23 (consuetudo non modo optima interpres est legis . . . verum etiam quando illi contraria invenitur, legi et iuri communi

zudem, in Übereinstimmung mit der bei den italienischen Juristen seit der späteren Glossatorenzeit zur Geltung gekommenen Ansicht[124]), gegenüber einem allgemeinen Gesetze nicht nur der consuetudo generalis, sondern auch der consuetudo specialis innerhalb ihres Bereichs zugeschrieben[125]). Diese Anschauung hatte für das Verhältnis der bisherigen einheimischen Gewohnheitsrechte der einzelnen Territorien, Städte usw. zum römischen Recht deshalb eine sehr weitreichende Bedeutung, weil man wenigstens noch das ganze 16. Jahrhundert hindurch[126]) annahm, die Justinianische Gesetzgebung habe in Deutschland von Anfang an oder wenigstens seit vielen Jahrhunderten gegolten und sei also nicht etwa als lex posterior anzusehen[127]); jedoch waren auch die wenigen Schriftsteller, welche das Verhältnis schon bestehender partikulärer Gewohnheitsrechte zu

---

derogat .... ut nunc quidem moribus ubivis observatur); Cothmann, Lib. prim. Disput. pag. 24—25; Althusius, Dicaeol. I 15 § 20 in f.; Besold, Delib. iuris I pag. 95. — Kirchovii Consil. II 34 (Universität Heidelberg, 1538) num. 12, num. 21 sqq.; Fichard, Consil. LX num. 2 u. 3; Mynsinger, Observ. VI 41 num. 9—10, Resp. CXXI num. 11—12; Gail, Observ. I 36 num. 1 (multa consuetudine vel statuto contra ius commmune introduci et recipi posse, tritum est. Zahlreiche Belege geben num. 2—11), II 31 num. 2; Gylmann, Symphor. I P. III Vot. II num. 6; Klock, Relat. V num. 273 (nullum est ius positivum, quod contraria consuetudine tolli non possit); Consil. Marpurg. I 3 num. 6 sqq., 33 num. 65; Hartmann Pistoris, Quaest. II 21 num. 32—33; Carpzov, Decis. Saxon. CI num. 16 u. 23; Mevius, Decis. Vismar. Pars V dec. 110 num. 2 u. 3, P. VII dec. 150 (Gewohnheitsrecht gegen altes Wismarsches Statut).

[124]) Meine L. v. Gew.-R. I S. 124 (Glossatoren), S. 157 a. E. (Postglossatoren), S. 193—194 u. 198—199 (Kanonisten).

[125]) Zahlreiche Belege geben die in N. 123 angeführten Äusserungen, insbes.: Zasius, ad l. De quibus num. 74 u. 85; Oldendorp, ad eandem l.; Kirchovii, Consil. II 34 num. 12 u. num. 21 sqq.; Fichard, Consil. LX num. 3 (consuetudo specialis tollit ius commune in loco ubi viget); Gail, Observ. I 36 bes. num. 13 (statutum vel consuetudo alicuius loci pro iuri communi in eodem loco habetur); Consil. Marpurg. I 3 num. 15—16. — Dass die consuetudo specialis auch der consuet. generalis vorgeht, heben Mynsinger, Observ. V 76 num. 3, und Wesenbeck, Consil. LXXIV num. 25 und 26, hervor.

[126]) Über die seit dem 17. Jahrhundert sich anbahnende richtigere Erkenntnis s. oben II a. E.

[127]) Vgl. hierüber insbes. Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsw. II S. 115—116.

einem neuen allgemeinen Gesetz berührten, der Aufrechterhaltung derselben im Hinblick auf cap. 1 De constit. in 6to geneigt[128]). Überhaupt sollte nach der allgemein angenommenen Doktrin, welcher auch die Reichsgesetzgebung wie die Territorialgesetzgebung sich anschlossen[129]), den Bestimmungen der gemeinen geschriebenen Rechte, insbesondere des Justinianischen Rechts, gegenüber den einheimischen Partikularrechten nur subsidiäre Geltung zukommen[130]).

Ein gewisser Vorzug des Gesetzes gegenüber dem Gewohnheitsrecht lag zwar in der aus der italienischen Doktrin[131]) entlehnten Annahme der deutschen Rechtsgelehrten, dass gegen ausdrückliches Verbot des Gesetzgebers eine rechtsgültige Gewohnheit sich nicht bilden könne und dass auch in der gesetzlichen Verwerfung einer bisherigen Gewohnheit ein solches Verbot für die Zukunft zu erblicken sei[132]). Jedoch war diese

---

[128]) So Zasius, ad l. De quibus num. 72 (die consuetudo kann einen entgegengesetzten Satz des gemeinen Rechts überwinden, auch wenn sie vorher bestanden hat; jedoch gilt dies nur, wenn der Gesetzgeber die consuetudo nicht gekannt hat); Oldendorp, ad eandem l. (die consuetudo specialis, sive praecedat sive sequatur legem scriptam, derogat ei in eo loco et casu quo recepta est).

[129]) Ausdrücklich bestimmte die Reichshofratsordnung v. 1654 Tit. I § 15, der Präsident und die Reichshofräte sollten die kaiserlichen Rechte „in Mangel" von Privilegien, guten Ordnungen und Gewohnheiten „jedes Stands, Lands, Orts und Gerichts" in acht nehmen. Nicht anders waren die oben (N. 107) angeführten Bestimmungen der Reichskammergerichtsordnungen, ungeachtet des Fehlens einer solchen Klausel und ungeachtet der umgekehrten Reihenfolge in der Aufführung der anzuwendenden Rechtsquellen, zu verstehen (Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsquellen II S. 86 ff.). Zahlreiche Belege für den gleichen Standpunkt der Territorialgesetzgebungen gibt Stobbe a. a. O. II S. 125—133.

[130]) Stobbe a. a. O. II 113; Gierke, Deutsches Priv.-R. I 17—18; Regelsberger, Pandekten I S. 8—9, S. 11. — Freilich wurde der Grundsatz der blossen Subsidiarität des Justinianischen Rechts von den Schriftstellern der Rezeptionszeit mehr vorausgesetzt als ausgesprochen. Eine sehr präzise Übersicht über die Reihenfolge, in welcher die verschiedenen Rechtsquellen zur Anwendung zu bringen seien, gibt Oldendorp, ad l. 32 D. h. t. (Opera I pag. 95—96).

[131]) Meine L. v. Gew.-R. I S. 124 (Glossatoren), 158—159 (Postglossatoren), 200 (Kanonisten).

[132]) Zasius, ad l. De quibus num. 73, Consil. I 5 num. 89; Oldendorp,

Anschauung für das Verhältnis der einheimischen consuetudines zum römischen Recht nur in sehr geringem Umfange erheblich, während ihr allerdings für das Verhältnis partikulärer deutscher Gewohnheitsrechte zu reichs- oder landesgesetzlichen Verboten resp. Reprobationen grössere Bedeutung zukam[133]).

6. Nicht nur der Grundsatz der Subsidiarität des gemeinen Rechts, sondern auch die prinzipielle Anerkennung der Fähigkeit des Gewohnheitsrechts, ein entgegenstehendes Gesetz zu überwinden, wurde in der Anwendung sehr eingeschränkt durch die von den deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit angenommenen Regeln über die Interpretation partikularrechtlicher Bestimmungen im Verhältnis zum gemeinen Recht. Insbesondere die partikulären einheimischen Gewohnheitsrechte[134]) sollten soweit möglich im Einklang mit dem gemeinen Recht ausgelegt und (trotzdem anzunehmende) Abweichungen derselben von letzterem strikt oder sogar „strictissime“ interpretiert werden[135]). Durch den umfassenden

---

ad eandem l. (Opera I pag. 96); Gail, Observ. I 18 num. 1—2; Gylmann, Symphor. Tom. III pag. 97.

[133]) Ein allgemeines Verbot künftiger Gewohnheitsrechtsbildung findet sich aber m. W. in keiner partikularrechtlichen Kodifikation aus der Zeit der Rezeption der fremden Rechte. Gierke, D. Priv.-R. I S. 161, gibt für seine entgegengesetzte Behauptung keine Belege.

[134]) In betreff der einheimischen Statuten s. unten den Text vor N. 138 nebst der Note.

[135]) Kirchovii Consil. I 2 num. 2 (consuetudo, quae est contra ius, non debet extendi, sed debet intelligi, ut, quanto minus possit, ius corrigatur), II 34 num. 12 (die consuetudo contra ius commune ist tanquam odiosa restringenda); Consil. Marpurg. I 24 num. 163 (die consuetudo wie das statutum ist stricti iuris et ideo ita accipienda, ut quam minimum ius scriptum laedat et ab eo discedat, quia correctio iuris communis est vitanda); Consultationes Tubingenses (Tubingae 1645) pag. 132 sqq., Consil. quartum Ludovici Grempii a Freudenstein num. 50 (quae consuetudo strictissime est intelligenda ne plane recedatur a iure communi); Klock, Relat. XVII num. 17 (die consuetudo iuri communi contraria ist strictissime interpretanda), XXVIII num. 42 (talia statuta et consuetudines, quae sunt contra ius, strictissime interpretari debent ut quam minime laedant ius civile et recipiant interpretationem passivam a iure communi), CLI num. 1 (consuetudo debet restringi, ut quanto minus laedat ius commune, et statuta stricte intelligenda sunt); Hartmann Pistoris, Quaest II 20 num. 29 (trita iuris regula, quae docet, consuetudines atque statuta a iure communi interpretationem recipere);

Gebrauch, den die gelehrten Praktiker[136]) von diesen Regeln machten, geschah der Geltung der deutschen Gewohnheitsrechte in der Tat schwerer Abbruch.

Man darf jedoch auch in dieser Ansicht und in diesem Verhalten der deutschen Juristen keine Feindschaft gegen das Gewohnheitsrecht erblicken, und selbst der Gegensatz zwischen fremdem und einheimischem Recht kam dabei nur wenig in Betracht. Auf gemeine deutsche Gewohnheitsrechte oder auch nur auf einheimische Gewohnheitsrechte eines grossen Teils von Deutschland wurden jene Auslegungsgrundsätze kaum erstreckt[137]). Andererseits wurden sie in bezug auf partikuläres Gesetzesrecht („Statuten") ebenso wie für (partikuläre) Gewohnheitsrechte aufgestellt und gehandhabt[138]). Sie waren zudem keine Erfindung der deutschen Rechtsgelehrten, sondern von ihnen aus der italienischen Doktrin entnommen[139]). In dieser aber hatten sie zunächst und hauptsächlich für Statuten

---

Wesenbeck, Consil. CCV num. 39—40 (et ut maxime hic consuetudo vel statutum aliquod probari posset: tamen hoc stricte esset interpretandum . . praesertim contra ius commune). Über Fichard und Carpzov s. unten N. 147. Einige andere Belege gibt insbes. Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsqu. II § 65 N. 26 (S. 121).

[136]) S. die Zitate in der vor. Note.

[137]) Abgesehen von dem Ausspruche Ludwig Gremp's, welcher sich gegen eine „consuetudo Germaniae" (Aburteilung schwerer Strafsachen durch Ungelehrte) richtet, beziehen sich alle in N. 135 angeführten Äusserungen, wie der Zusammenhang zeigt, auf die Auslegung von consuetudines beschränkten Geltungskreises. Diese Auffassung wird durch die Parallelisierung der betreffenden consuetudines mit Statuten (s. die folgende Anm.) bestätigt.

[138]) Von den in N. 135 zitierten Äusserungen beziehen sich auf Statuten ebenso wie auf Gewohnheitsrechte: Consil. Marpurg. II 24 num. 163; Klock, Rel. XXVIII num. 42, CLI num. 1; Hartmann Pistoris, Quaest II 20 num. 29; Wesenbeck, Consil. CCV num. 39—40. Speziell auf Statuten wendet die hier erwähnten Auslegungsgrundsätze an Gail, Observ. II 33 num. 3 und num. 9, ebenso das von Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsqu. II § 65 N. 26, angeführte Gutachten von Modestinus Pistoris.

[139]) Wenngleich dieser Zusammenhang schon von anderen Schriftstellern hervorgehoben ist (s. insb. Gierke, D. Priv.-R. I § 5 Anm. 16), so fehlt doch noch jeder Versuch einer Zusammenstellung und dogmengeschichtlichen Erörterung der hier in Betracht kommenden Aussprüche der Postglossatoren. An dieser Stelle muss ich mich mit kurzen Andeutungen zur Ausfüllung der Lücke begnügen.

Anerkennung gefunden. Ursprünglich hatten sogar die Postglossatoren mit ganz unzureichender Begründung behauptet, dass Statuten insgemein strikt zu interpretieren seien[140]), und trotz Widerlegung des Fehlschlusses durch Albericus de Rosate[141]) hatte insbesondere Bartolus an dieser Anschauung festgehalten[142]). Mehr und mehr jedoch war die von Albericus vertretene Auffassung, dass nur die den Bestimmungen des gemeinen Rechts widersprechenden Statuten stricti iuris seien und dass überhaupt Statuten möglichst im Einklang mit dem gemeinen Recht ausgelegt werden müssten[143]), zur allgemeinen Geltung gelangt[144]) und auch auf consuetudines ausgedehnt worden[145]). Daneben freilich wurde eine enge Auslegung der consuetudines ohne Rücksicht auf ihr Verhältnis zum gemeinen Recht insbesondere von Baldus durch die Analogie des pactum und der praescriptio begründet[146]). Bei den deutschen Juristen aber finden sich an

---

[140]) Nach Albericus a Rosate De Statutis (Tractatus utriusque iuris, Tom. II, Venet. 1584) Lib. I Qu. II behaupteten Jac. Butrigarius et communiter Doctores, Statuten seien stricti iuris, weil die condictio ex lege stricti iuris sei.

[141]) Albericus l. c. verwirft die in der vor. Note erwähnte Argumentation, weil man nicht aus der Natur der condictio auf die des statutum schliessen könne.

[142]) Bartolus, ad l. 24 D. ad munic. 50, 1 num. 1: Dy. (Dinus) inducit hanc l. in ar. quod statuta sunt stricti iuris, quod apparet, quia actio descendens ex eis est stricti iuris, cum usurae non veniant, ut hic videtis. Quidam semel habe dagegen eingewendet, dass dies keine bona consequentia sei. Breviter veritas est, quod consequentia tenet. — Vgl. auch Bart. ad l. 9 D. De J. et. J. num. 60.

[143]) Alber. De Statutis Lib. I Qu. II num. 3 und Qu. IX num. 57 u. 58.

[144]) Baldi Perusini Tractatus De Statutis (Tractatus utr. iur. Tom. II) s. v. Interpretatio (pag. 123—124) num. 1 und 2. Derselbe, ad l. 4 C. De servis fugit. 6, 1 num. 13, erklärt überhaupt das ius commune gegenüber dem statutum für das dignius. Auch Bart., ad l. 9 D. 1, 1 num. 60, hebt die interpretatio passiva der Statute im Sinne des gemeinen Rechts hervor. Vgl. ferner Jason de Mayno in Auth. Novissima C. De inoffic. testam. 3, 28 num. 54.

[145]) Baldus, De Statutis s. v. Interpretatio num. 1; Marianus Socinus Consilia P. I (Lugd. 1531) cons. 123 num. 5.

[146]) Hinsichtlich dieser Anwendung der Analogie des pactum vgl. meine L. v. Gew.-R. I § 19 N. 2. Die enge inhaltliche Auslegung der consuetudines sicut restringuntur praescriptiones, ut proprios facti terminos

diese Auffassung nur vereinzelte Anklänge[147]). Für sie war in der Frage der Auslegung wesentlich massgebend der Gegensatz zwischen gemeinem und partikulärem Recht.

7. Am stärksten wirkte die Lehre von der Notwendigkeit des Beweises für Gewohnheitsrechte deren praktischer Anerkennung und Anwendung entgegen; doch darf man auch in dieser Beziehung nicht von einer Feindschaft oder auch nur besonderen Ungunst der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit gegenüber dem Gewohnheitsrecht reden.

Die studierten Juristen hatten naturgemäss nur geringe Kenntnis des einheimischen Rechts, da dieses nicht nur grösstenteils partikuläres Gewohnheitsrecht, sondern auch nur in sehr unvollkommener Weise aufgezeichnet und wissenschaftlich verarbeitet war, und da es auf den Universitäten nicht gelehrt wurde[148]). Die gelehrten Gerichte und Spruchkollegien galten aber auch nicht für verpflichtet, sich selbst in den einzelnen

---

non excedant, verlangt Baldus, ad l. ult. C. Comm. utr. iud. 3, 38 num. 9. Ohne Begründung vertritt enge Auslegung der Gewohnheitsrechte überhaupt Paulus de Castro, Comment. in Dig. vetus (Lugd. 1585) ad l. De quibus num. 2.

[147]) Eine Beschränkung des Bereichs der consuetudo nach Analogie der praescriptio wurde von ihnen wesentlich nur in bezug auf den räumlichen und persönlichen Geltungskreis angenommen (s. oben III 3). Fichard, Consil. II 89 num. 2—3, lässt jedoch wenigstens nicht deutlich erkennen, ob er den Satz, dass die consuetudo stricti iuris sei, nur in diesem Sinn auffasst, und Carpzov, Decis. Saxon. CLXXIX num. 17—18 (ebenso CCXXXVI num. 13—14), folgert daraus, dass die consuetudo tantum habet de potentia, quantum probatur de usu, auch die Notwendigkeit ihres Beweises in specie specialissima. Wenn Mevius, Decis. Vismar. P. VII Dec. 3 num. 4—6 sagt, die consuetudo sei stricti iuris und daher auch nicht de re ad rem auszudehnen, so setzt er doch hinzu „praesertim in odiosis“ und scheint dabei hauptsächlich an einen Widerspruch mit dem gemeinen Recht zu denken.

[148]) Nach Zasius (ad l. De quibus num. 48) gehört es nicht zum Beruf eines Doktor, Gewohnheitsrechte zu kennen (vgl. über die Begründung dieses Satzes oben III Text vor N. 24). Fichard (Consil. II 61 num. 1) behauptet nicht nur, dass dem Doktor „sine infamia aliqua“ die Gewohnheiten der einzelnen Orte und Länder unbekannt sein könnten, sondern er sagt sogar (Consil. II 129 num. 7) von der consuetudo: nihil ea ad Jureconsultum pertinet, ohne freilich dadurch ihre praktische Berücksichtigung ausschliessen zu wollen.

Fällen über das etwa anzuwendende Gewohnheitsrecht zu unterrichten, sondern in Übereinstimmung mit der italienischen Doktrin[149]) wurde angenommen, dass für die richterliche Berücksichtigung eines Gewohnheitsrechts regelmässig Allegation und Beweis von seiten einer Partei erforderlich sei[150]). Wesentlich unterstützt wurde diese Auffassung durch die Bestimmungen von Reichs- und Partikulargesetzen, vor allem der Reichskammergerichtsordnung, welche die Beachtung von partikulären Gewohnheitsrechten den Gerichten nur für den Fall des „Vorbringens" resp. des Beweises von seiten einer Partei zur Pflicht machten[151]).

[149]) Vgl. meine L. v. Gew.-R. I § 22, insbes. den Text vor N. 12 und die in N. 12 angeführten Äusserungen.

[150]) So z. B. Zasius, Consil. I 5 num. 108 sqq; Perneder, Institutiones Bl. V D—VI A (Wie die Gewonhaiten in allen gerichtlichen Termin mögen fürgewandt und was massen die bewisen werden sollen); Fichard, Consil. I 12 num. 6 sqq., II 43 num. 1—2; Mynsinger, Observ. V 96 num. 1, Resp. CXXI num. 3; Gail, Observ. I 36 num. 16 (die consuetudo bedarf der allegatio und probatio, weil sie „facti" ist und facta nicht präsumiert werden); Wesenbeck, Comment. pag. 23 und Consil. XXXIV num. 30; Carpzov, Decis. Saxon. III num. 21.

[151]) Die Reichshofratsordnung v. 1654 Tit. I § 15 (vgl. oben N. 129) weist den Präsidenten und die Reichshofräte an, die „gebührliche allegirte und probirte" (gute Ordnungen und) Gewohnheiten in Acht zu nehmen. Wenn die Reichskammergerichtsordnungen v. 1495 und 1555 (vgl. oben N. 107 und N. 129) für die Berücksichtigung der (Ordnungen, Statuten und) Gewohnheiten von seiten des Reichskammergerichts nur deren Vorbringen („die für sy bracht werden") verlangen, ohne den Beweis des Vorgebrachten zu erwähnen, so wurden dabei ohne Zweifel die allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Beweispflicht der Partei für ihre Behauptungen als massgebend vorausgesetzt. Auch die Hessische Hofgerichtsordnung v. 1500 tit. 2 und die Mainzer Hofgerichtsordnung v. 1516 tit. 9 fordern ausdrücklich nur das Vorbringen (für Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten), ähnlich die Pfälzische Hofgerichtsordnung v. 1582 tit. 6 § 2, dass (Statuten und) Gewohnheiten „wie andere Geschichten angezogen und fürgetragen werden" sollen, während das Württemberg. Landrecht v. 1555 I 2 (Statuten und) Gewohnheiten nur dann beachtet haben will, wenn sie „gerichtlich fürgebracht und bewiesen werden". Besonders deutlich ist die Bestimmung der Wormser Reformation Buch III Teil 3 Tit. 11 sowie die am Schluss der Hamburg. Statuten und Gerichtsordnung v. 1605 (vgl. oben N. 107): „Jedoch da sich jemand auf eine redliche in dieser Stat wol hergebrachte Gewohnheit . . . . gründen würde, soll der Parthey solche angezogene Gewohnheit zu beweisen zugelassen seyn".

Wie aber schon Theorie und Praxis der italienischen Juristen zahlreiche Modifikationen des bezeichneten Grundsatzes anerkannt hatte[152]), so fanden diese auch bei den deutschen Rechtsgelehrten im ganzen bereitwillig Eingang. Von grosser praktischer Bedeutung[153]) war vor allem die allgemeine Annahme, dass notorische bzw. (in glaubwürdiger Weise) aufgezeichnete Gewohnheitsrechte keines Beweises bedürften[154]). Wenn mehrere deutsche Schriftsteller auch für die Berücksichtigung notorischer consuetudines Anführung von seiten einer Partei verlangten[155]), so folgten sie darin der bei den italienischen Juristen überwiegenden Auffassung[156]). Wichtig für die Anwendung einheimischer Gewohnheitsrechte war die auch vom Reichskammergericht gebilligte Ansicht, dass einem Doktor, der das Bestehen eines Gewohnheitsrechts bezeuge, zu glauben sei[157]). Erleichterungen des Beweises wurden

---

[152]) Meine Lehre v. Gew.-R. I § 22 (S. 161—164).

[153]) Diese hebt auch Stintzing, Gesch. d. D. Rechtsw. I S. 501 hervor.

[154]) Zasius, ad l. De quibus num. 46 (consuetudo in scriptis ex publico redacta facile probatur, imo iam probata est); Oldendorp, ad l. 34—36 D. De leg. (Opera I pag. 100—102); derselbe in den Consil. Marpurg. II num. 111 (In Hessen ist die consuetudo, dass nur die Männer zur Erbfolge in Immobilien berufen sind, so manifesta apud omnes, dass sie keines Beweises bedarf); Mynsinger, Observ. V 96 num. 5 und Resp. CXXI num. 4—5; Gail, Observ. I 36 num. 16; Wesenbeck, Consil. I num. 40 (da die betreffende consuetudo in Mecklenburg immer beobachtet worden ist, bedarf sie, wie anderes Notorische, keines Beweises und auch nicht einmal der Allegation, weil der Richter sie kennen und demgemäss, selbst wenn sie dem „ius“ widerspricht, supplieren muss), XXXIV num. 30 (unten N. 164), CCXXIII num. 80; Coler, Decis. Germaniae XCVIII num. 14—15; Mevius, Decis. Vismar. II 377 num. 3 (ubi illa — consuetudo — notoria aut publicis attestationibus statim docenda, non est sinenda venire in controversiam, sed pro illa iudicandum est). — Vgl. auch die folgende Note.

[155]) Fichard, Consil. I 13 num. 7 (die consuetudo notoria bedarf keines Beweises, doch befreit das notorium nicht ab onere proponendi). Ebenso Gail, Observ. II 31 num. 17, der aber ibid. I 31 num. 5 sagt, dass das notorium überhaupt nicht allegiert zu werden brauche.

[156]) Meine L. v. Gew.-R. I S. 162.

[157]) Mynsinger, Observ. V 96 num. 2—3 führt aus, mit Berufung auf Bartolus und die communis opinio, dass einem Doktor, der eine consuetudo allegiere, ohne weiteres geglaubt werden müsse; so habe auch das RKG. 1549 entschieden. Nach Wesenbeck, Consil. XIII num. 100 u. ö. ist dem

zugelassen für unvordenkliche[158]), für prozessualische[159]), für gesetzauslegende[160]), für nicht dem gemeinen Recht widersprechende[161]) Gewohnheitsrechte. Der Beweis einer „consuetudo contrahendi" sollte durch Vorlegung einer genügenden Zahl von Vertragsurkunden geführt werden können[162]).

Ganz besonders jedoch fällt für die in dieser Untersuchung vertretene Auffassung in das Gewicht, dass grundsätzlich auch die Forderung der Allegation und des Beweises nicht auf Gewohnheitsrechte beschränkt, sondern ebenso für partikuläre Gesetze geltend gemacht wurde. Durch die Reichskammergerichtsordnungen von 1495 und 1555 und die Reichshofratsordnung von 1654, sowie durch zahlreiche, besonders an die RKGO. sich anschliessende partikularrechtliche Vorschriften wurden die Urteiler verpflichtet, Recht zu sprechen nach den

---

Doktor illuster, der, wenn auch unbeeidigt und nur schriftlich eine consuetudo bezeugt, wenigstens praesumptive zu glauben. Jedoch war diese Frage sehr bestritten (s. bes. Hartmann Pistoris, Quaest. I 4 num. 29). Gegen Bartolus' Ansicht erklärte sich scharf Zasius, ad l. De quibus num. 48 (vgl. oben N. 148).

[158]) Wesenbeck, Comment. pag. 22—23 (über die Unvordenklichkeit der Gewohnheit haben die periti et seniores cuiusque loci auszusagen). Damit stimmt überein die Wormser Reformation v. 1498 III 3 tit. 11, nach welcher Gewohnheiten bewiesen werden sollen von 5 Zeugen, die sagen, dass die Gewohnheit bei ihrem Gedenken und auch von den Alten so gehalten sei, nicht aber Parteien zu benennen brauchen, zwischen denen die Gewohnheit so beobachtet sei.

[159]) Hartmann Pistoris, Observ. CCXVII bekämpft entschieden die Ansicht, dass insgemein eine probatio semiplena bzw. die fama für den Beweis einer consuetudo genüge; doch will er (num. 31) mit Berufung auf Bartolus insbes. in bezug auf prozessualische Gewohnheiten ein Recht des Richters, sich in Abwesenheit der Gegenpartei zu informieren, anerkennen. Übereinstimmend Meichsner, Decis. III 14 num. 45.

[160]) S. bes. Klock, Relat. V num. 214 sqq. Vgl. auch die in der folg. Note angef. Äusserungen.

[161]) Mynsinger, Resp. XIII num. 17, beschränkt die Forderung der probatio plena auf consuetudines correctoriae. Ähnlich sagt er Resp. CXXI num. 3: Allegans consuetudinem, praesertim si sit contra ius commune, eam probare tenetur; vgl. Mevius, Decis. Vismar. I 45 num. 3: Consuetudo . . . probari debet, praesertim ubi a iure communi plane aliena est.

[162]) Zasius, ad l. De quibus num. 65; Hartmann Pistoris, Quaest. II 30 num. 12.

gemeinen Rechten sowie nach den (redlichen usw.) Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten, die vor sie gebracht resp. ihnen bewiesen wären[163]). In Übereinstimmung hiermit wurde von den Juristen angenommen, dass Partikulargesetze (Statuten) ebenso wie Gewohnheitsrechte von den Parteien im Prozess für ihre Behauptungen angeführt und bewiesen werden müssten[164]). Wenn für geschriebene Statuten diese Forderungen hinwegfallen sollten oder wenigstens der Beweis leicht zu führen war[165]), so entsprach dies im wesentlichen den oben[166]) in Bezug auf Anführung und Beweis von Gewohnheitsrechten erwähnten Modifikationen. Vielfach wurde sogar die Ansicht vertreten, dass bei Statuten auch ihre gewohnheitsrechtliche Rezeption nachgewiesen werden müsse[167]).

Für die Geltung der gemeinen geschriebenen Rechte und insbesondere der Justinianischen Gesetzgebung im gesamten Ge-

---

[163]) Vgl. die oben in N. 151 gegebenen Belege.

[164]) S. bes. Gail, Observ. I 36 num. 16 (Praedicta accipienda sunt, quando statutum vel consuetudo in iudicio esset allegata, et in actis sufficienter probata). Bachoff von Echt, Comment., De consuetudine num. 5 hebt ausdrücklich vor, dass die Beweispflicht sich nicht auf Gewohnheitsrechte beschränke (sed et aliud ius, si negetur, probandum est). Wesenbeck, Consil. XXXVI num. 29—30 sagt freilich, Statuten brauchten nicht allegiert und bewiesen zu werden; aber Consil. CXXXIII num. 32—33 behauptet er das Gegenteil für nicht geschriebene Statuten, sowie er andererseits Consil. XXXIV num. 30 die Notwendigkeit der Allegation und des Beweises auf nicht aufgezeichnete Gewohnheitsrechte beschränkt, und Consil. CCV num. 35 (vgl. unten N. 168) scheint er überhaupt für die Anwendung von Statuten (wenigstens vom gemeinen Recht abweichender) Parteibeweis zu verlangen.

[165]) Über die Ansicht Wesenbeck's (Consil. CXXXIII num. 32—33), dass nur ungeschriebene Statuten des Beweises bedürften, vgl. die vor. Note. Bachoff von Echt, l. c., fährt nach den Worten „probandum est“ fort: sed quod redactum est in scripturam, facilius et quidem imo apparet per solam aperturam voluminis statutorum, ut loquitur Bald. in l. 1 C. quae sit long. cons. n. 7. veluti si ius non sit scriptum, sed promulgatum alio modo, ita factam fuisse promulgationem probandum est. Vgl. auch die Wormser Reformation von 1498 III 3 Tit. 10 (Beweysung unser Statt Recht wie das bescehen mag).

[166]) Text nach N. 151; vgl. insbes. die in N. 154 hinsichtlich notorischer bzw. aufgezeichneter Gewohnheitsrechte gegebenen Belege.

[167]) Oben IV 5 (Text vor N. 119).

biete des deutschen Reichs wurde allerdings Beweis nicht verlangt, und da zudem angenommen wurde, dass diese Geltung des Corpus iuris civilis sich prinzipiell auf alle darin enthaltenen Rechtssätze erstrecke, so kam seit Beginn des 17. Jahrhunderts[168]) bei den deutschen Rechtsgelehrten die Ansicht auf, dass, wer sich im Prozess auf einen Satz des Justinianischen Rechts berufe, fundatam intentionem habe, d. h. die Geltung des Satzes in Deutschland nicht zu beweisen brauche, indem dieselbe bis zum Beweise des Gegenteils präsumiert werden müsse. Aber auch diese für die praktische Anwendung des einheimischen Rechts sehr gefährliche, nur unter lebhaften Kämpfen zur Herrschaft gelangte[169]) Annahme richtete sich durchaus nicht gegen das Gewohnheitsrecht als solches.

Nicht der Gegensatz von Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht, sondern der zwischen gemeinem und besonderem Recht war für die Anschauungen der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit massgebend. Wenn sie hierbei manche dem letzteren ungünstige und teilweise nach unserer heutigen Erkenntnis grundlose Annahme zur Geltung brachten, so muss man sich nicht nur ihre Abhängigkeit von der italienischen Doktrin gegenwärtig halten, sondern darf auch nicht übersehen, dass der Grundsatz des Vorgehens des besonderen Rechts vor dem gemeinen naturgemäss eingreifende Korrekturen erforderlich machte; denn nur so konnte gegenüber der bunten Fülle der Partikularrechte die Rechtseinheit in grossem Umfange durchdringen.

---

168) Nach Stintzing, Gesch. d. D. Rechtsw. II S. 19 (dem Gierke, D. Priv.-R. I § 5 N. 12 folgt) ist diese Theorie zuerst von Lauterbach 1662 formuliert worden. Aber schon Wesenbeck, Consil. CCV num. 35 (die betr. Pars der Konsilien ist Wittenberg 1619 veröffentlicht), hat ihr Ausdruck gegeben mit den Worten: Qui habet regulam iuris communis pro se, habet intentionem fundatam donec . . . . consuetudo vel statutum contrarium probetur.

169) Stintzing a. a. O. II S. 18.

Die Fürsorge des Gutsherrn für sein Gesinde

(Brandenburgisch-Preussische Geschichte)

von

Justus Wilhelm Hedemann

I.

Ein Herrschaftsverhältnis, das mit aller Schärfe der einen Seite ausschliesslich das Recht, der anderen nichts wie Pflichten auferlegt, ist freilich unseren Gedanken zugänglich. Aber dem wahren Leben ist es fremd. Immer sehen wir den Berechtigten mit einem geringen oder geringsten Mass von Pflichten belastet. Selbst der absoluteste Sklavenherrscher wird mindestens durch den eigenen Nutzen dazu getrieben, sein Arbeitsmaterial in vernünftiger Pflege bei Kräften zu erhalten, und es hat einen gewissen Reiz, dass gerade dort, wo wir die unumschränktesten Herrschaftsverhältnisse zu suchen gewohnt sind, nämlich in den Reichen des alten Orients, sich jetzt die frühesten Spuren eines wohlgeordneten freien Arbeitsvertrages nachweisen lassen. Das ist durch die babylonischen Ausgrabungen geschehen. Es mag dem die altjüdische Weisheitsregel zugefügt werden, die vor fast dreitausend Jahren von Salomo in seine Sprüche anfgenommen wurde: Der Gerechte erbarmet sich seines Viehs; noch im achtzehnten Jahrhundert nach Christi begegnet uns dieser Spruch, um als Parallele eine milde Behandlung auch des Gesindes zu begründen.

Der Trieb des eigenen Nutzens und das Gebot der Religion begründen allerdings noch keine Pflicht im rechtlichen Sinne. Aber, wenn wir die verschiedenen Seiten des menschlichen Lebens in ihrer Wechselwirkung beobachten, dann erkennen wir, dass eine Rechtspflicht oft genug nur darum erst geschaffen wird, weil nicht schon andere Kräfte in der gewünschten Richtung tätig sind. Deshalb wäre es falsch, das Bestehen jeglicher Pflicht auf seiten des Herrschenden dort zu leugnen, wo die juristische Theorie darüber schweigt. Sie würde erwachen, sobald der praktische Versuch einer pflichtlosen Verwirklichung

gemacht würde. Absolut unbeschränkte Gewalt, bis zu den Grenzen der logischen Möglichkeit durchgeführt, widerspricht der menschlichen Natur mit ihren relativen Werten, würde sehr bald zur Unvernunft, zur Wahnsinnsherrschaft führen und an sich selbst zum Scheitern kommen; es ist aber gerade das die idealste Aufgabe des Rechts, dass es solchen Ausschreitungen möglichst schon im voraus entgegentritt, jedenfalls dann sofort einspringt, wenn sich das Unzureichende aller anderen Pflichtgebote, der Religion und Moral, der Vernunft und Sitte, mit einiger Sicherheit erkennen lässt.

Im übrigen bleibt die Verteilung von Rechten und Pflichten aller Mannigfaltigkeit preisgegeben. Hier setzt auch die Verschiedenheit der einzelnen Völker ein. Die Stellung des Deutschen ist dabei eine ausgezeichnete. Denn nirgends ist so deutlich die Pflichtseite des Herrschaftsverhältnisses herausgekehrt worden wie in der germanischen Mund, vom Königsthron herab bis in den innersten Winkel des Hauswesens und der Familie. Natürlich spielt aber der Wechsel der Zeiten eine erhebliche Rolle. Bisweilen scheint die Pflichtenseite ganz vergessen, wie im Zeitalter der Leibeigenschaft und der absoluten Monarchie, obwohl Deutschland selbst in diesen Zeitläuften neben August dem Starken einen Friedrich den Grossen gesehen hat. Aber es begegnen uns auch Bilder, wo umgekehrt die Rechtsseite eines Herrschaftsverhältnisses fast erlischt und nur die Pflichten überbleiben, wie das Zusammenbrechen schwächlicher Landesherrn vor der Übermacht der Stände oder die Umwandlung mancher Kirchenpatronate aus einem Herrenrecht in drückende Geldbelastung.

Lebhaften Wechsel im Lauf der Jahrhunderte hat das ländliche Gesindewesen erfahren. Es war ein Herrschaftsverhältnis und ist es in gewissem Grade bis zum heutigen Tage geblieben. Aber weil ihm gar so viel von dem ursprünglichen Herrentum genommen und die Pflichten der Herrschaft gar so sehr gesteigert worden sind, geht die neueste Strömung dahin, den alten Charakter ganz der Vergangenheit anheimzugeben und den Gesindedienstvertrag in dem allgemeinen Arbeitsvertrag des bürgerlichen Rechts aufgehen zu lassen; seitdem sich Rechte und Pflichten gegenseitig die Wage halten, ist dieser Gedanke

möglich geworden. So stehen wir zurzeit an der letzten Stufe einer allmählichen Entwickelung. Ein Rückblick muss lohnend sein. Und da das treibende Moment in dem Wandelungsvorgange die Steigerung oder Abnahme der Herrenpflichten gewesen ist, so dürfte dieser Rückblick am besten das Wesen der Sache erfassen, wenn er sich auf die Beobachtung der Pflichtenseite beschränkt.

Dabei kann wegfallen, was mit den Sätzen des allgemeinen Dienstvertrages zusammenfällt, was also den Gesindeherrn als Partei eines obligatorischen Verhältnisses trifft, der Zwang zur Annahme der Dienste, zur Lohnzahlung, zur Vermeidung eines Verzuges und Ähnliches. Nur der Pflichtenkreis, welcher den Dienstnehmenden in seiner Rolle als Herrschaft belastet, bildet ein wahres Korrelat zu den Herrschaftsrechten. Sein Umfang kann mit der zusammenfassenden Bezeichnung der „Fürsorgepflicht des Gutsherrn“ umspannt werden. Im einzelnen birgt sich dahinter mancherlei. So kennen wir heute eine sogenannte Fürsorge-Erziehung, und in der Tat fällt auch unter den Begriff der Gesindefürsorge die Aufgabe der Erziehung, heute freilich fast ganz verloren gegangen, aber in einzelnen Zügen noch zu erkennen, z. B. in der Pflicht, die Leute zum Besuch des Gottesdienstes anzuhalten. In früherer Zeit hat dies eine weit grössere Rolle gespielt; insbesondere als Unterlage für das Züchtigungsrecht, das derart, trotz scheinbaren Widerpruchs, mit in den Rahmen der Fürsorge gezogen werden kann. Neben dem geistigen Wohl steht das körperliche. Zwar nicht mit Notwendigkeit, wohl aber häufig liegt dem Gesindeherrn die Beköstigung ob, und da sie gewährt wird im Rahmen des häuslichen Verbandes, fällt sie nicht (oder nicht ausschliesslich) unter den Gesichtspunkt einer Verbindlichkeit aus obligatorischem Vertrage, sondern unter den einer Pflicht, welche die herrschaftliche Hausgewalt begleitet. Die Pflicht wird um ein beträchtliches gesteigert, wenn der körperliche Zustand des Dienstboten vom Normalen abweicht. Die grosse Frage nach der Krankheitspflege des Gesindes tut sich damit auf. Auch die Verteidigung gegen andere Gefahren kann der Fürsorgepflicht entspringen, mit den Waffen in der Hand zu den Zeiten des Raub- und Fehdewesens, im Zeitalter der Bureaukratie und

Prozessverschleppung mit Rat und Vertretung. Sind wir damit bereits zu der Fürsorge für die wirtschaftlichen Güter gelangt, so ist noch ein weiteres zu erwähnen, das zeitweise eine grosse Rolle gespielt hat, nämlich das wirtschaftliche Fortkommen des Gesindes. Auch hier setzt die Fürsorgepflicht des Gutsherrn ein, wenn es auch vorwiegend in negativer Richtung geschehen und nur die Behinderung etwaigen Aufschwungs des armen abhängigen Knechts verboten worden ist.

Von diesen verschiedenen Zielen der Gesindesorge tritt bald das eine, bald das andere mehr in den Vordergrund. Oft bildete eines allein den Gegenstand des Kampfes der Parteien, während die übrigen entweder ganz vergessen oder aber in einer Weise erreicht waren, die beide Teile bis auf weiteres befriedigte. Dann fehlen rechtliche Quellen, und auch unsere Aufmerksamkeit muss sich auf den einen Punkt beschränken, der damals Tagesfrage war und eben deshalb einer schriftlichen oder gedruckten Festlegung für wert gehalten wurde. Notwendigerweise wird daher das Bild, das im folgenden gezeichnet werden soll, an der Unvollständigkeit leiden, welche die meisten historischen Schilderungen begleitet.

II.

Schon im bisherigen war von den zwei Elementen die Rede, durch deren Verbindung das Gesindewesen geschaffen wird, Herrschaftsverhältnis und obligatorischer Vertrag. Nur diese Mischung öffentlichrechtlicher Autorität mit privatrechtlicher Nebenordnung gibt unserm Institut den eigenartigen Charakter. So wie in heutiger Zeit das erste dieser Elemente ganz verloren zu gehen scheint, so fehlte in der ältesten Zeit des deutschen Rechts das zweite. Bei beiden Lagen kann vom Dasein eines Gesindestandes nicht die Rede sein [1]).

---

[1]) Vgl. Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters, Breslau 1879 (Gierkesche Untersuchung. VI) S. 4 f. — Zum folgenden kommt als Literatur ausser Hertz in Betracht Kollmann, Geschichte und Statistik des Gesindewesens in Deutschland, Jena 1868 (Hildebrands Jahrbücher 10 S. 237 ff.), Abschnitt 1. Grossmann, Über die gutsherrlich bäuerlichen Rechtsverhältnisse in der

Der Germane wirtschaftete, wenn wir von den Aufzeichnungen des Tacitus ausgehen, teils mit Hörigen, teils mit Weib und Kind; ein Dienstvertrag fehlte [1]). Das Mittelalter setzt sogleich mit einer Spaltung ein. Es entwickelt sich der Gesindebegriff, aber, wie es scheint, von Anfang an für Stadt und Land verschieden. Die Stadt mit ihren neuen Wirtschaftsverhältnissen, dem beginnenden Gewerbe und der erwachenden Industrie braucht gesteigerte Arbeitskräfte. Sie gewinnt diese dem platten Lande ab, indem die Lage des Dienenden zu einer günstigeren gemacht oder doch als eine günstigere geschildert wird. Vor allem winkt die Freiheit, die ihren Zauber auf den Gebundenen noch nie verfehlt hat. Und auf dem Lande war alles gebunden, was sich in dienender Stellung befand. Daher der grosse Abgang an Arbeitskraft nach der Stadt und die Entstehung des freien Lohnvertrages [2]). Allmählich litt darunter das Land, zumal auch hier mit der alten Haus- und Naturalwirtschaft langsam gebrochen wurde. Der Grundherr musste darauf bedacht sein, sich Arbeitskräfte zu sichern. Aus der Stadt kam niemand heraus, daher galt es allein, die Landleute festzuhalten und auszunützen [3]). Dies geschah einmal durch Steigerung der Dienste, mit denen die Hörigen belastet waren; weil lediglich öffentlichrechtlicher Natur scheidet dieser Vorgang für uns aus. In zweiter Linie aber fiel der Blick auf die heranwachsende Jugend, auf die Untertanenkinder. Dort war eine starke Arbeitskraft zu finden. Um sie zu fesseln, entschliesst sich der Grundherr zu bescheidener Lohnzahlung

---

Mark Brandenburg vom 16.—18. Jahrhundert, Leipzig 1890 (Schmollersche Forschungen IX 4). Wuttke, Gesindeordnungen und Gesindezwangsdienst in Sachsen bis z. J. 1835, Leipzig 1893 (Schmollersche Forschungen XII 4), I. Kap. Kähler, Gesindewesen und Gesinderecht in Deutschland, Jena 1896 (Sammlung des staatswiss. Seminars zu Halle, Bd. XI) Abschnitt I 1. G. F. Knapp, Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter in den älteren Teilen Preussens, 2 Bände, 1887, namentlich §§ 1—4.

[1]) Tacitus, Germania, cap. 25.

[2]) Beisp. f. Brandenb. Rechtsbrief der Markgrafen Joh. I. u. Otto III. vom 23. Juli 1256 § 2: „Item si servus et ancilla intraverint civitatem Prizswalch, et manserint in ipsa per diem et annum, propter graciam plenam in ea obtinent libertatem (Gengler, Dt. Stadtrechte d. Mitt., 1852 S. 363).

[3]) Dazu kommt in den jüngsten Gebieten die Kolonisation.

und schafft im gleichen Augenblick „Gesinde" [1]). Nunmehr ist eine Ähnlichkeit mit den in der Stadt Dienenden erreicht; sie wird gesteigert dadurch, dass auch die letzteren sich der herrschaftlichen Hausgewalt unterwerfen müssen. In der Tat werden denn auch beide Gruppen, die landwirtschaftlichen Knechte und Mägde wie die städtischen Hausdienstboten und Gewerbegehilfen bald unter dem gemeinsamen Namen des Gesindes begriffen [2]). Aber der Ausgangspunkt war doch ein verschiedener, in der Stadt die Freiheit, auf dem Lande die Abhängigkeit. War auch durch eine Schwächung des Grundgedankens von beiden Seiten her eine Annäherung ermöglicht, so musste doch wieder ein Abrücken voneinander erfolgen, sobald die Bestrebungen nach Rückkehr zu dem eigentlichen Ausgangspunkt von Erfolg begleitet waren. Wie wir sehen werden, ist dies, allerdings verhältnismässig spät, eingetreten.

Dagegen können für das Mittelalter selbst die Rechtsverhältnisse des Gesindes ohne Artenbildung betrachtet werden. Denn unsere Kenntnisse sind ohnedies nur sehr beschränkte, die eine eingehendere Spezialisierung nicht erlauben. Aus dem gleichen Grunde muss eine Sonderdarstellung für die Stammlande unseres engeren Vaterlandes, für die Mark unter Askaniern, Wittelsbachern, Luxemburgern und den ersten Hohenzollern unterbleiben. Die Rechtslage in Ansehung der Fürsorgepflicht des Gesindeherrn lässt sich nur für grössere Gebiete auf einmal betrachten, indem die erhaltenen Bruchstücke aus kleineren Gebieten zusammengetragen werden.

Wir gewinnen dabei folgendes Gesamtbild. Die Lage des Gesindes war eine verhältnismässig günstige. Reichliche Nahrung und billige Behandlung konnten verlangt werden, denn das Gegenteil gibt ein Recht zum Verlassen des Dienstes [3]).

---

1) Vgl. Grimm, Dt. Rechtsaltertümer, 4. Ausg. I S. 494 (1. Ausg. S. 357). Kähler S. 3.

2) Kähler S. 1.

3) Belege bei Hertz S. 71. Auch darf die Herrschaft die Leute nicht willkürlich fortjagen. Beisp. für Preussen: Preussische Landeswillkür v. 1420 (Toeppen, Akten der Ständetage Preussens unter d. Herrsch. d. dt. Ord. I, 1878 Seite 352) § 28: „Und die hirschaft sal ouch redeliche sachen [Ursachen] haben, worumb sy knecht adir mayt bynnen yren myttagen von yn scheiden wellen".

Schutz in Gefahr, Hilfe im Unglück sind Pflichten, die ebenfalls dem damaligen patriarchalischen Mundium entsprangen [1]). Insbesondere darf der Knecht auf eine bescheidene Krankenpflege rechnen. Manches unserer modernen Theorie hat hier schon seine Keime. So wird der Unfall, der im Dienste selbst erfolgt, anders behandelt wie der ausserdienstliche. Bei ersterem ist der Verletzte im Dienste zu behalten und ihm der volle Lohn weiter zu entrichten, bei letzterem darf er zwar auch nicht sofort auf die Strasse gestossen werden, wohl aber nach Ablauf einer verhältnismässig kurzen Schutzfrist. Nur ausnahmsweise sind dem Herrn noch neben dem Lohne die Kurkosten auferlegt; auch hier ist ein Sonderfall herausgehoben, der uns des modernen Rechts gedenken lässt, nämlich die gesteigerte Haftung für Tierschaden. Umgekehrt bringt ein anderer Spezialfall ganz ähnlich wie im geltenden Gesinderecht dem Dienenden eine ungünstigere Lage; ansteckende Krankheit spielt eine eigene Rolle als Entlassungsgrund für die Herrschaft [2]). Sogar für die Verteilung der Fürsorge zwischen Herrschaft und Verwandte des verunglückten Gesindes zeitigt diese Periode einen Vorläufer: nach einem Stadtrecht des 13. Jahrhunderts ist der Herr zur Übernahme eines Prozesses des Erkrankten nur dann verpflichtet, wenn Angehörige fehlen [3]).

Die Persönlichkeit wird auch im Dienstboten geachtet, die Heirat ist frei und löst sofort den Kontrakt, der Herr darf also dem Lebensglück des Untergebenen nicht in den Weg treten. Vertragsbruch ohne solchen Grund scheint ebenfalls nur milde gestraft worden zu sein [4]). Kurzum, es lässt sich

---

[1]) Vgl. Schmoller, Grundriss der allg. Volkswirtschaftslehre, Bd. I, 1900, S. 293. — Bürgschaft des Herrn für seinen Knecht scheint nicht selten gewesen zu sein. Vgl. Stadtrechtsbuch v. Salzwedel § 70 (Gengler S. 405).

[2]) Hertz S. 59 ff., 66. Kollmann S. 242. Mölling, Versuch einer syst. Darstell. des holsteinisch-dt. Gesinderechts, Oldenburg 1832 S. 256 ff., 284 ff. Für die Mark vgl. Rechtsbrief für Pritzwalk v. 1256 § 12 (Gengler S. 364; dass. bei Riedel, Cod. dipl. Brandb. I 3 S. 343): „Si serviens pro precio in servicio domini sui perdit vitam suam, dominus non tenetur, nisi ut persolvat precium ipsum".

[3]) Hertz S. 40.

[4]) Für die Mark: Berlinisches Stadtbuch vom Ausgang des 14. Jahrh. (ed. Fidicin, Berlin 1837 S. 101): „Welk knecht aver elich vif nemmet, dy

recht wohl denken, dass dem gut gestellten Gesinde bald das Begehren nach noch Besserem ankam und insbesondere der Lohn stark in die Höhe getrieben wurde. Und so setzen denn schon in dieser Periode die Bestrebungen der Herrschaft ein, durch feste Taxen den Lohn in gemässigten Grenzen zu halten. Noch geht dabei der Adel und der Bauer Hand in Hand. Bald aber sollte der letztere so tief heruntergedrückt werden, dass der Adel allein darauf ausging, eine wohldurchdachte Gesindepolitik zu treiben mit dem Endziel einer möglichsten Beseitigung aller Fürsorgepflichten [1]).

Von diesem Augenblicke an lassen sich auch die deutschen Staaten nach der Verschiedenheit dieser Entwickelung in Gruppen gliedern. In den östlichen Gebieten wusste der Adel seine Herrschsucht weit besser zu befriedigen als in den Ländern westlich von der Elbe [2]). Selbst innerhalb der Kurmark Brandenburg ist diese Bedeutung der Elblinie zu erkennen, das links gelegene Territorium verschliesst sich weit länger der gutsherrlichen Reaktion. Da aber dieser Widerstand doch schliesslich gefallen und der ganze preussische Staat einer einheitlichen Regelung unterworfen worden ist, wird das folgende Bild nicht mehr ein allgemein deutsches sein, sondern die besondere Entwickelung Brandenburg-Preussens zur Darstellung bringen.

---

mût wol ut synes heren dinste komen und beholt alse vele lones, alse em geboret wente an di tyd". Für Vertragsbruch wird hier nur Geldbusse auferlegt, ebenso im Stadtrechtsbuch von Salzwedel § 71 (Gengler S. 405). Wörtlich übereinstimmend auch Statuten von Goslar (Göschen, Die Goslarischen Statuten, 1840 S. 91).

[1]) Vgl. für die Mark: Gravamina, eingebracht auf dem Herrentage den 2. Aug. 1484 (Riedel, Cod. dipl. Brand. III 3 1860 S. 303): „Item not wer ess, das man ein gesatzt lon hat, den Ackerknechten Im land, dy so gross lon haben wollen und fordern, des der gemein Adell und Bawrn daruber dy leng verderben mussen". — In Sachsen taucht die Lohntaxe zum ersten Male 1466 auf; vgl. Wuttke S. 9. — Im übrigen s. Grossmann S. 12, Hertz S. 7.

[2]) Schmoller a. a. O. II (1904) S. 524 f.

III.

Die Periode vom Ausgang des Mittelalters bis in die zweite Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts hinein steht unter dem Zeichen ansteigender Unterdrückung des Bauernstandes und Hand in Hand damit einer mehr und mehr verschlechterten Stellung des Gesindes. Die Entwickelung ist im Ergebnis eine allgemeine, welche die einzelnen Landesteile in gleicher Weise trifft. Solange aber die Verwaltung noch keine Zentralisation gefunden hat, streben die einzelnen Marken und Kreise in verschiedener Weise dem Ziele zu. Drei grössere Komplexe heben sich dabei heraus. Das Land links von der Elbe, in der Hauptsache nur die Altmark, unter dem grossen Kurfürsten tritt Magdeburg hinzu. Das Land zwischen Elbe und Oder: Mittelmark, Priegnitz und Uckermark, Beeskow und Storkow. Das Land rechts von der Oder: Neumark, Sternberg, später Hinterpommern und Kammin sowie die preussischen Gebiete [1]).

Allen diesen Teilen gemeinsam sind die Grundelemente, aus denen sich die Geschichte der Gesindefürsorge aufbaut, gemeinsam insbesondere die ausserordentliche Arbeiternot. Zu der Beschlagnahme einer immer wachsenden Menge von Arbeitskraft seitens der Städte tritt der fürchterliche Sturz der allgemeinen Bevölkerungsziffer im Laufe des dreissigjährigen Krieges. Bis ins 18. Jahrhundert hinein klingt aus den Gesindeordnungen der brandenburgischen Lande die Klage über das, was jene „kriegerischen Zeitläufte“ verschuldet haben. Man sollte nun meinen, dass die Gutsherrn untereinander in Konkurrenz getreten, dass dem schwer zu beschaffenden Gesinde in gegenseitigem Überbieten eine treffliche Fürsorge von allen Seiten dargebracht worden wäre. Nur sehr beschränkt trifft das zu. Noch heute sehen wir, wie allerorts Klagen über die Schwierigkeit der Dienstbotenmiete erhoben werden, aber der Versuch, dieser Schwierigkeiten Herr zu werden, zeigt sich zumeist nur im Emporschnellen der Löhne; über den Geldpunkt hinaus

[1]) „Neumark“ ist in dem späteren Sinne gebraucht. Bis zur Mitte des 15. Jahrh. führt die spätere Mittelmark diesen Namen. Vgl. Bornhak, Preuss. Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1903 S. 17.

wird nichts Rechtes geschaffen. Damals war es eher schlimmer. Denn wenn man ursprünglich wenigstens noch zur Lohnsteigerung bereit war, so wird doch bald auch dieses einzige gangbare Mittel der Konkurrenz unbrauchbar. Es bürgert sich nämlich das Lohntaxenwesen, das während des Mittelalters nur in schüchternen Ansätzen zu finden war (vgl. Note 1 S. 174), jetzt ganz und gar ein und wird zum ständigen Bestandteil aller Gesindeordnungen [1]). Man wollte nicht das Gesinde den Nutzen aus der Leutenot ziehen lassen und glaubte auf anderem Wege und ohne gegenseitige Beeinträchtigung zum Ziele zu kommen: durch Zwang zum Dienen.

Solcher Zwang konnte natürlich kein allgemeiner sein, sondern durfte sich nur gegen bestimmte Arten von Personen richten. Einmal sind es die Bauern, die mehr und mehr aus ihrer Nebenordnung neben dem Rittergutsbesitzer und der beiden gemeinsamen Rolle des Arbeitsherrn über Knechte und Mägde verschwinden. Der Bauer selbst gerät in stärkste Abhängigkeit, und wenn er Gesinde hält, so geschieht es oft genug nur, weil er dem adligen Hofe so sehr dienstpflichtig geworden ist, dass er die eigene bescheidene Wirtschaft allein nicht zu bewältigen vermag [2]). Wenn daher vereinzelt noch bei der Gesetzgebung auch auf den Bauern als Gesindeherrn Rücksicht genommen, seine Gefährdung als Grund für die Härte gegen Knecht und Magd bezeichnet wird, so müssen wir wohl

[1]) Dabei werden die verschiedensten Umgehungsversuche gemacht, um unter Einhaltung des gesetzlichen Lohnmaximum doch das stellensuchende Gesinde anzulocken. Gegen alle diese Versuche schreitet sofort die Gesetzgebung ein. So gegen die grossen Neujahrs-, Weihnachts- oder Jahrmarktsgeschenke; Ordn. v. 1651 Tit. VI § 21; von 1718 § 20; erst 1746 tritt die heute noch geltende Regel ein: Geschenke sind gestattet, aber eine rechtliche Verbindlichkeit, sie zu geben, kann nicht begründet werden (Tit. VI § 6). Vgl. Myl. V, III Sp. 127, 266; Cont. III Sp. 53). — So gegen das Austun eines Stückchens Ackerland neben dem Lohn; Erlass v. 1573 (eod. V, III Sp. 8). — Oder gegen das Aussäen von Korn, dessen Frucht der Knecht für seine Rechnung verkaufen darf; Verordnung v. 1698 (eod. Sp. 225) und in den meisten Gesindeordnungen.

[2]) Die Fronden der Bauern dürften dem Gutsherrn in der Tat die meiste Arbeitskraft geliefert haben, das Gesinde weit weniger. Vgl. Grossmann S. 39; Knapp S. 20 oben.

dahinter nichts weiter erblicken, als ein Vorschieben dieses Grundes seitens der Ritterschaft [2]).

Der Ritterschaft war aber mit gesteigerter Unfreiheit des Bauern noch nicht Genüge getan. Sie suchte auch den Abschluss von Dienstverträgen seitens solcher Personen zu erzwingen, die sie nicht gerade zu ihren unmittelbaren „Untertanen“ machen konnte. So wird ein allgemeines Gebot durchgesetzt, dass jeder Müssiggänger aufgegriffen und zum Gesindedienst gezwungen werden könne; dergleichen bedeutet im Zeitalter des fahrenden Volks immerhin viel, und es erhält sich diese Vorschrift auch von einer Gesindeordnung zur anderen [3]). Dadurch, dass diese Leute einen Lohn erhielten, unterschieden sie sich von den hörigen Bauern, ganz ebenso wie sich im Mittelalter schon die Arbeit der Untertanenkinder von der der Untertanen selber abhob. Wir sahen, dass gerade dadurch erst „Gesinde“ entstand.

Auch jetzt bleibt es dabei, dass Untertanenkinder Lohn empfangen, und zwar ist diese Gesindekategorie so sehr gewachsen, dass sie fast als die alleinige Trägerin des Begriffs erscheint. Von einem völlig freien Gesinde, das schon von freien Eltern abstammt, erfahren wir so gut wie nichts, wenigstens nicht, soweit die landwirtschaftliche Arbeit in Frage kommt. Diese junge Arbeitskraft nun trotz grundsätzlicher Ungebundenheit an den Gutshof zu ketten, das ist die Frage,

---

[2]) Vgl. die Hirten- und Schäffer-Ordnung v. 1620; Mylius V, III Nr. V. Im Eingang heisst es, dass der „Acker- und Pawersmann gantz ruinirt würde und zu boden gienge“, wenn man das Gesinde nicht besser im Zaume halte. Aber gerade die Kinder der „Pawern“ sind der Hauptstamm des Gesindes, das der Junker auf seinen Hof zwingt, und ihrer Bindung ist ein gut Teil des Inhalts jener Ordnung gewidmet. Darüber im folgenden Text. — Allerdings ist der Typus des freien Bauern nie ganz verschwunden, hat sich besonders in der Form des Lehnschulzen erhalten, aber numerisch tritt er stark in den Hintergrund. Insbesondere erfolgt die Neubesetzung wüster Bauernstellen, deren es nach dem 30 jährigen Kriege zu tausenden gab, nie zu voller Freiheit, sondern immer in mehr oder minder starker Abhängigkeit.

[3]) Noch 1835 wurde für das Grossherzogtum Posen beantragt: „das dienstlos sich herumtreibende Gesinde durch Korrektionsmittel zur ferneren Vermietung anzuhalten“. Der Antrag wurde abgelehnt. Vgl. Kameralistische Zeitung f. d. Kgl. Preuss. Staat, red. Rauer, 3. Jahrg. (1837) Spalte 402.

welche jetzt allein im Vordergrunde steht. Es wird schwer um sie gekämpft, sie verschlingt die erwachenden Gedanken einer Fürsorgepflicht im ersten Keim und steht nur in negativer Richtung mit dieser im Zusammenhange: Das Gesinde ringt um sein wirtschaftliches Vorwärtskommen; die Ritterschaft setzt die Gesetzgebung immer erneut, immer energischer in Bewegung, um nicht nur jede Sorgepflicht von sich fernzuhalten, sondern sogar dem Gesinde den Weg zu verschliessen, auf dem es für sich selber sorgen könnte.

In diesem Kampfe kann der Adel meistens auf die Hilfe des Staates pochen. Denn gerade jetzt kommt der brandenburgische Landesherr allmählich in finanzielle Abhängigkeit von den Ständen. Es ist ein bekanntes Bild, wie kein grösserer Landtag vorübergeht, ohne eine Bitte um Geldbewilligung und ohne „gravamina“, für deren Beseitigung man die „bede“ zu erfüllen bereit ist. Unter den Beschwerdepunkten erscheint fast immer, mitunter an wichtigster Stelle, die schlechte Gesindeverfassung, der durch strengste Massregeln abzuhelfen sei. Zu dieser aufgedrungenen Erwägung traten beim Träger des Kurhuts eigene landwirtschaftliche Interessen. Der Staat ist selber Grundherr und Gesindeherr, der neben dem adligen Rittergutsbesitzer steht und dessen Mängel und Nöte gleichmässig an der eigenen Kasse verspürt. — Nicht ohne jede Macht steht dem das Gesinde gegenüber. Modernste Waffen des wirtschaftlichen Kampfes, Koalition und Terrorismus gegen allzu unterwürfige Gefährten, lesen wir schon aus dem Gesindewesen des 17. und 18. Jahrhunderts heraus; freilich auch hier zeigt sich bereits, wie der Staat den Entschluss fassen kann, diese Waffen dem Kämpfer durch gesetzliches Verbot zu nehmen: „Ferneres verbieten Wir auch allen Hirten unnd Schäffern, alle verbündnüsse, vergadderungen, verknüpfung und jnnung, deren sie sich an eins theils orten, ganz frevelhaffter, bosshaffter, unnd hochstraffbahrer weisen, unterwunden“; damit rückt der Staat um ein weiteres von den Ideen der Gesindefürsorge ab[1]). Andererseits findet das Gesinde einen

[1]) Vgl. Gesinde-, Hirten- und Schäffer-Ordnung v. 1620 (Myl. V, Abt. III Sp. 17). Ebenda (Sp. 17 u. 18): „Auch haben sie die nicht leyden wollen, die sich umb geringern Lohn mieten lassen. . . . Ja sie seynd auch weiter zu-

Bundesgenossen in den Städten. Zwar sind wir darüber für die Mark Brandenburg nicht so genau unterrichtet wie für einige ihrer Nachbarländer, aber es steht der Vermutung nichts im Wege, dass auch die brandenburgischen Städte im eigenen Interesse den Schutz der ihnen zugezogenen Arbeitskräfte gegenüber dem Rückforderungsrecht der adligen Grundherrn in die Hand genommen haben werden [1]).

Der Kampf der beiden Interessengruppen spielt sich im ganzen ohne Waffengewalt ab. Die Stürme des Bauernkrieges erreichen zwar Sachsen noch, in Brandenburg dagegen blieb alles ruhig [2]). Eine verhältnismässig geringe Rolle hat auch das römische Recht dabei gehabt. 1645 zeigen sich seine Spuren zum ersten Male in einer Gesindeordnung, lateinische Termini sind in den älteren Text hineingeflickt, aber der innere Gehalt bleibt unberührt. Auch die Gelehrtenwelt und die

---

gefahren, unnd da es nicht überall nach jhren Köpffen gegangen, sondern solche zu Schäffern oder Hirten angenommen, die jhnen nicht gefellig, haben sie alsobalden Vehdebrieffe an die Dörffer unnd orte, in welchen diejenigen, so ihnen missfellig gewesen, sich auffgehalten und gedienet haben, abgehen lassen, auch Brandzeichen gestackt. An einstheils orten, seind auch diejenigen, so in jhrem bösen Rhat und ubele meinung nicht willigen wollen, eben dadurch auffgetrieben, unnd gantz verjagt worden". Ebenso, zum Teil wörtlich, Ordnung von 1645 §§ 15, 17, 18 (eod. Sp. 63, 64). Noch 1718 wird, sogar für das Gesinde der Hauptstadt, jede Versammlung verboten, in der über das Verhalten während des Dienstes und ähnliches beraten werden soll. Die Polizeiorgane sind angewiesen, „nach solchen Versammlungs-Orthen sich fleissig zu erkundigen und dergleichen versammletes Gesinde durch die Stadt-Diener aufheben und zur Hafft bringen zu lassen"; Strafe: Gefängnis bei Wasser und Brot oder etliche Wochen Arbeitshaus (§ 3 der Ordnung v. 1718, eod. Sp. 261 f.). Ganz ähnlich Ordnung von 1746 Tit. VIII § 1 und Tit. II § 10 Nr. 7 (Mylius, Contin. III Sp. 48, 56).

[1]) Für Sachsen lebendige Schilderung durch Wuttke S. 47, 90, 99, 115 ff. Auch die Juristenfakultäten der beiden kursächsischen Universitäten treten für das Gesinde auf den Kampfplatz; ebd. S. 120. — Für die Oberlausitz vgl. „Der Oberlausizischen VI Städte Budissin, Görlitz, Zittau, Lauban, Camentz und Löbau wieder den Land-Stand dieses Marggrafthums bei dem Könige Ferdinand I. (1556—1564. Der Verf.) anzubringen aufgesetzte Beschwerden" Punkt 6 (Abdruck bei Weinart, Rechte und Gewohnheiten der beyden Marggrafthümer Ober- und Niederlausitz, Leipzig 1793 I S. 194).

[2]) Vgl. Knapp S. 45 [1]; Grossmann S. 17; Wuttke S. 16.

Judikatur vermeidet im allgemeinen eine Übertragung römischer Begriffe. Wirklichen Anklang scheint es nur gefunden zu haben, als ein „ius protimiseos" dasjenige Mittel zu bezeichnen, das zur Hauptwaffe der Grundherrn und zur grössten Last für die Untertanenkinder wurde: der „Gesindezwangsdienst" im eigentlichen Sinne[1]).

Dieser schneidet ihnen jede freiere Eigenentwickelung ganz oder auf längere Zeit hinaus ab. Sein Wesen besteht darin, dass die herangewachsenen Burschen und Mädchen ihre Dienste an erster Stelle dem Junker anbieten müssen, er hat ein Vorzugsrecht, das in der Tat dem Vorkauf nahe kommt, wenn auch richtiger „Vormiete" genannt. Es wird allmählich zu einem durchgebildeten Rechtsinstitut, der Vormietberechtigte bekommt eine Frist, binnen deren er sich erklären muss, die Frage der Abtretbarkeit des Rechts taucht auf, Ausnahmen und Unterausnahmen im Gewande von Exzeptionen werden angegliedert, die Wirkung der einzelnen Regeln durch Strafe gesichert.

Die erste Spur finden wir 1518. Es heisst im Landtagsschluss von diesem Jahre: „Es sol kein dinstbotte von knechten oder meyden sich vormyten unnd zu dinst ergeben, sie haben sich dann denIhennen darunter sie gesessen unnd geboren sein, zuvor zu dinst angebotten unnd wan sie sich also angebotten haben, sol Inen nach zweien oder dreien tagen frey sein, sich an ander ortter zu dinst zu ergebenn" [2]). Ob diese

[1]) Den geringen Einfluss des rezipierten Rechts auf die brandenburgischen Gesindeverhältnisse hat Grossmann S. 19 ff., 43 ff., 82 nachgewiesen. Zustimmend Fuchs in ZRG(G) 12 (1891) S. 26 ff. Grossmann zeigt auch, dass das Kammergericht keineswegs den Adel begünstigte, S. 22 ff. — Vgl. ferner Wuttke S. 90, 100 [4]; J. L. Dorn, Versuch einer Abhandlung des Gesinderechts, Erlangen 1794 S. 111.

[2]) Vgl. Raumer, Cod. dipl. Br. cont. II Nr. 16. — Für Deutschland im allgemeinen s. schon Grimm, Dt. Rechtsaltertümer, 4. Ausg. (1899) I S. 494 (1. Ausg. S. 357). — In Bayern wird die Einführung des Gesindezwangsdienstes von der Regierung sehr erschwert; vgl. Schmoller II S. 525. In Sachsen geht umgekehrt die Regierung in den staatlichen Dominialgütern mit der Aufnahme des Instituts 1568 voran, der Ritterschaft lässt sie die gleiche Begünstigung erst 1651 zukommen; vgl. Wuttke S. 40 ff., 68 ff. In Schlesien ist der Gesindezwangsdienst jedenfalls 1623 schon ein eingebürgertes Rechtsverhältnis; vgl. Gesinde-Ordn. Georg Rudolphs, Hertzog

Massregel schärfer oder milder gehandhabt worden ist, ob bei grösseren Gütern in unruhiger Zeit eine Kontrolle möglich war, lässt sich nicht im einzelnen verfolgen. Wahrscheinlich ist aber, dass die Durchführung bald auf Schwierigkeiten stiess und daher strengere Ordnung nötig schien. Denn bereits 16 Jahre später wird die Bindung der Untertanenkinder dadurch verschärft, dass der Junker sein Vorrecht weitergeben kann: „Wo aber die Herrschafft der nicht bedurffe, als den mag er die nach seinen Gefallen bey andern in Dienste bringen". Das sieht allerdings schon fast wie eine Übertragung der Hörigkeit auch auf die Kinder aus[1]). Dazu wird noch im Laufe dieses Jahrhunderts die Kontrolle verschärft, die Aufnahme entlaufener Dienstpflichtiger wird bestraft und dem Berechtigten die Befugnis zur Verfolgung und Nachsuche auch in fremdem Territorium eingeräumt[2]).

Genauer unterrichtet sind wir erst vom 17. Jahrhundert ab. Jetzt ist die Gesindefrage bereits derart zugespitzt, dass sie nicht mehr als einer von vielen Punkten in Landtagsabschieden untergebracht, sondern in eigenen Gesetzen geregelt wird, die sich in rascher Folge wiederholen oder ablösen. Dabei zeigen die in den Jahren des 30jährigen Krieges ergangenen in auffallender Weise die Tendenz, dem Gesinde durch Milderung des Zwangsdienstes entgegenzukommen. Viel Freiwilligkeit wird nicht dabei gewesen sein. Die Werbetrommel lockte und der bunte Rock verbarg oder schützte den Entlaufenen; der Magd aber gewährte das Marketenderzelt sicheren Unterschlupf. Die Keckheit gerade des Niedrigsten wuchs, so dass keine Gesindeordnung erlassen wird, die nicht von dem „muthwillen, frevel, halsstarrigkeit, ungehorsam und bossheit"

in Schlesien, zur Liegnitz, Brieg und Goldberg, v. 1623; Erneuerungen 1652, 1653. In Pommern mindestens 1616 gesetzliche Regelung; vgl. darüber unten Anm. 3 zu S. 185.

[1]) Landtagsrezess von 1534 (Myl. VI Abt. 1 Nr. 16 Sp. 29). Wörtlich ebenso in den Landtagsrezessen 1536, 1538, 1572, 1602, 1611 (eod. 36, 49, 112, 164, 219). — Für die benachbarte Lausitz wurde das gleiche 1539 durch Kaiser Ferdinands I. Konfirmation über 5 Art. einer Landesordnung usw. gleichmässig für Untertanen und Untertanenkinder bestimmt (Weinart a. a. O. I S. 79).

[2]) Vgl. Edikt v. 1575 (Myl. V Abt. III Sp. 10).

des Knechtsvolkes ihren Ausgang nimmt. Wenn man die jungen Leute nur ein paar Jahre halten konnte, war man des bereits zufrieden, und so wird denn der Zwangsdienst in der Hirten- und Schäfferordnung von 1620 zunächst für das Gebiet rechts von der Elbe, 15 Jahre später auch für die konservativere Altmark und 1644 zusammenfassend für das ganze Staatsgebiet auf drei Jahre beschränkt[1]).

Wichtiger fast als diese Neueröffnung des Weges zu allmählicher wirtschaftlicher Unabhängigkeit ist für das Thema der Gesindefürsorge ein langsames Einsetzen sozialer Fürsorge während der Dienstzeit: „Es soll auch ein jeder Junker diesen, ob die gleich seiner Unterthanen Kinder, so lange sie bey jhnen in Diensten seyn, mit nottürfftigem Essen und Trinken, auch billigen Lohn versehen, Wie auch sonsten es also halten, dass es erleidlich und erträglich, und wann sie jhm getrewlich drey Jahr über gedienet haben, Soll er jhnen, nachdem sich Gelegenheit hierzu erweiset, allen guten willen und förderung hinwieder bezeigen, damit um so viel bass [besser] guter will und einigkeit zwischen Junckern und Unterthanen, nicht allein erhalten, sondern auch vermehret werde. Denn wo einigkeit ist, da ist auch Gottes Segen“ [gekürzt]. Das kann ebenfalls als ein Fortschritt gelten, dass dem Gesinde eine geordnete Beschwerde gegen den Junker gegeben wird: „Fiele aber zwischen einem Dienstboten unnd seinem Herren einige zwietracht, uneinigkeit und missverständnüss ein: bleibet dem Dienstboten unbenommen, es vor die Obrigkeit jedes ortes zu bringen. Es sollen auch Herr und Knecht, an dem bescheide, den jhnen die Obrigkeit gibt, begnüget unnd ersettiget sein. Und sich demselbten in allem gemeesse verhalten“.

---

[1]) Vgl. bei Mylius V Abt. III die Nummern 5, 9 und 11. Wie wenig sich allerdings ein Gesetz damals Geltung verschaffen konnte, zeigt das Edikt von 1641 (eod. 10). Die brandenburgische Regelung dient Kursachsen zum Vorbild. Sie wird auf ausdrückliche Anweisung des sächsischen Kurfürsten dessen Gesindeordnung von 1651 zugrunde gelegt, allerdings unter Herabsetzung des Zwanges auf nur 2 Jahre. Vgl. Wuttke S. 77 ff. — Beispiele aus anderen Staaten bei Bergius, Polizey- und Cameral-Magazin, Frankfurt a. M. 1768 II S. 192 § 8, und Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts, Erlangen 1794 S. 110, bei denen beiden aber die Darstellung betr. Brandenburg ganz unzureichend ist.

Im Jahre 1645 erreicht dann in einer neuen, für die ganze Kurmark ergehenden „Pawer-, Gesinde-, Hirten- und Schäffer-Ordnung" der Fortschritt für lange Zeit seinen höchsten Punkt. Es wird auf das Vorwärtskommen der jungen Leute weit mehr Rücksicht genommen, das Gesetz steht unter dem Zeichen der Freizügigkeit und freien Berufswahl. Denn jedwedes andere „vitae genus honestum" kann der Heranwachsende wählen, kann insbesondere sofort sich städtischem Gewerbe oder Handelsgeschäften zuwenden, um durch diese Tatsache allein schon den Zwangsdienst für seine Person zu beseitigen. Nur wer als Lohnarbeiter in der Landwirtschaft bleiben will, hat an erster Stelle der Herrschaft die Vorzugsjahre abzudienen, aber auch in diesem Falle muss das Recht des Gutsherrn auf der Kinder Dienste vor dem etwaigen Eigenbedarf der Eltern zurückweichen, ganz ähnlich wie noch heute das Privileg des Vorkaufsberechtigten stille steht vor gewissen Vorgängen, die sich im Kreise der engsten Familie abspielen [1]). Der soziale Gedanke zeigt sich des weiteren in der Möglichkeit, das schon begonnene Dienstverhältnis zu lösen, wenn an einem anderen Ort dem Dienenden bessere wirtschaftliche Aussichten winken: „Wo sich dann auch ein Knecht oder Magdt in zeit des vermieteten Dienstes würde verehelichen, oder sonst Ihre Condition durch ehrliche und zulässige Mittel zu verbessern wissen, sollen Sie von jhrem Herren, zu Verhinderung Ihres zeitlichen Glücks, wann sie ein Jahr aussgedienet, oder im Jahre in Ihre Stelle einen tüchtigen Dienstboten geschafft, darüber weiter zu dienen nicht gezwungen werden" [gekürzt]. Die Form der Lösung enthält dabei die Keime des Instituts der Kündigung mit festgesetztem Endpunkt, sowie etwa heute der Pächter eines Grundstücks seine Kündigung im Zweifel nur immer für den Schluss eines Pachtjahres aussprechen darf [2]). Schliesslich gelangt auch die Erklärungsfrist für die Herrschaft, von der die Landtagsrezesse der letzten hundert Jahre im Gegensatz zu dem Schluss von 1518 geschwiegen hatten, wieder zur Anerkennung; ähnlich dem modernen Vorkaufsrecht, das

---

[1]) § 511 BGB.
[2]) § 595 BGB.

bei beweglichen Sachen nur „bis zum Ablauf einer Woche nach dem Empfange der Mitteilung“ ausgeübt werden kann[1]), ist der Dienstherr nach der $2^1/_2$ Jahrhunderte früher ergangenen Gesindeordnung gehalten, auf das Erbieten zum Dienste seine Befugnis binnen 8 (oder 14) Tagen geltend zu machen; Schweigen bringt hier wie dort das Recht zum Erlöschen, und es ist für einen fremden Käufer oder Dienstherrn Raum gegeben[2]).

So schien mit dem Ausgang des grossen Krieges der Gedanke einer Fürsorge für das Gesinde in der Weise sich niederschlagen zu wollen, dass die Herrschaft doch wenigstens genötigt wird, auch mit dem Dasein von Wünschen, Hoffnungen und Interessen auf seiten der Leute zu rechnen.

IV.

Aber es folgt eine starke Reaktion. Sie fliegt über alle deutschen Lande. Der benachbarte sächsische Kurfürst wendet sich in einem Rundschreiben an die anderen Landesherren und schlägt gemeinsames Einschreiten gegen die Missstände im Gesindewesen vor. Der Reichsabschied von Regensburg im Jahre 1654 spricht sich in ähnlichem Sinne aus[3]). Eine Rückwirkung auch in Brandenburg war unvermeidlich, trotzdem gerade in dieser Zeit ein Herrscher den Kurhut trug, der seit langem wieder ständischen Übertreibungen energisch entgegenzutreten wagte.

Die neumärkische Ritterschaft unternimmt den ersten Vorstoss gegen das bisherige Reformprogramm. Als die kurmärkische Gesindeordnung von 1645 im folgenden Jahre auch in der Neumark eingeführt werden soll, muss hinter den Sätzen, die von der Beendigung nach drei oder gar nur einem Jahre handeln, die reaktionäre Klausel aufgenommen werden: „Jedoch soll die Dienstbarkeit und Leibeigenschaft an denen Orten, da sie im Schwange, hiemit nicht aufgehoben, besonders bey hergebrachten Gebrauche und Verordnung der vorigen Landtags-

[1]) § 510 BGB.

[2]) Vgl. Myl. a. a. O. Nr. 12 Tit. I §§ 1—3 (Sp. 55 f.).

[3]) Vgl. Wuttke S. 102 ff.

Reversen unverschrenkt gelassen werden". Wir kennen bereits die früheren Landtagsschlüsse mit ihrem zeitlich nicht begrenzten Dienstzwang. Was diese Klausel derart zunächst in eingekleideter Form enthielt, das wurde bald in einem Landesrezess von 1653 den Neumärkern auch ausdrücklich zugesichert: die Freizügigkeit nach drei Jahren ist wieder beseitigt[1]).

Im Jahre 1670 folgt das jüngst erst im Westfälischen Frieden erworbene Pommern nach. Aber in einer ganz eigenartigen, für das frühere brandenburgische Recht jedenfalls neuen juristischen Bildung. Die Erlaubnis zum Abzug in fremde Dienste oder ins Handwerk erteilt der Herr überhaupt nur für eine bestimmte Frist, und der abziehende Dienstpflichtige muss sich eydtlich oder durch „genugsame Kaution" verpflichten, nach Ablauf dieses „Urlaubs" wieder zurückzukehren, keinesfalls sich irgendwo „häusslich setzen zu wollen". Über alles dies stellt die Obrigkeit dem Untertan einen Schein aus, ohne den ein Vermieten an dritte Personen gänzlich verboten ist[2]). Diese Rechtsbildung, die einen durchaus öffentlichrechtlichen Charakter trägt und in der Tat nicht weniger als die neumärkische Prägung der Leibeigenschaft fast in die Zeiten zurückführt, wo es noch kein gelohntes „Gesinde" gab, sondern die Hörigkeit des Vaters ohne weiteres Weib und Kinder mit erfasste, ist nicht erst unter den neuen brandenburgischen Herren geschaffen worden. Sie ruht vielmehr auf dem einheimischen pommerschen Recht, das schon unter den Stettiner Herzögen entstanden und später auch von der schwedischen Regierung übernommen worden ist. Dieses wieder hat schon im sechzehnten Jahrhundert in anderen Teilen Deutschlands gewisse Vorläufer aufzuweisen[3]).

---

[1]) Vgl. für 1646 Mylius V Abt. III Nr. 13 col. 78; für 1653 eod. VI Abt. I Nr. 119 § 29, col. 473.

[2]) Vgl. „Churfürstlich Brandenburgische Gesinde-Ordnung im Hertzogthumb Hinterpommern und Fürstenthumb Cammin" vom 18. Dezember 1670. Gedruckt zu Kolberg.

[3]) Das brandenburgische Gesetz für Hinterpommern ist im Dezember 1670 erlassen. Im Januar desselben Jahres war für das schwedische Vorpommern „der Königlichen Regierung in Pommern renovirte Gesinde-, Tagelöhner-, Bauer- und Schäffer-Ordnung, Greiffswald, gedruckt von Matthaeo Doischern, der Universität Buchdrucker" vorangegangen, die offenbar nachgeahmt ist. Sie selbst wieder führt zurück auf „Philipsens Hertzogen zu

Nunmehr zieht sich die Reaktion über die Oder und ergreift die Mittelmark, Uckermark, Priegnitz, Beeskow und Storkow, also das Land bis ans Elbufer. Dies geschieht durch eine Gesindeordnung von 1681, die in der Beschimpfung des Gesindestandes alles bisherige übertrifft. Dem „Gesindlein" — schon das ein Scheltwort — wird Stolz, Übermut, Trotz, Eigensinn, Bosheit, Üppigkeit, Frechheit, Leichtfertigkeit, Untreue, Ruchlosigkeit immer von neuem vorgeworfen. Der, welcher fremde Dienste nimmt, wird als „Verbrecher" tituliert und ist sofort auf die Festung zu bringen, während die Gesindeordnungen von 1645 und 1646 auch in dieser Richtung noch weit milder dachten und nur als letztes Mittel bei dauernder Weigerung die Haft empfahlen [1]).

In sachlicher Hinsicht tritt zu der Aufhebung der Dreijahresgrenze und dem in verschärfter Form ergehenden Hinweis auf die Leibeigenschaft noch ein anderer Rückschlag: die ausserordentliche Kündigung wegen besserer Kondition ist verschwunden, nachdem auch schon die pommersche Ordnung nur von der Heirat als vorzeitigem Lösungsgrunde gesprochen hatte.

Hinter dem wollten die Neumärker nicht zurückbleiben. Sie veranlassen sogleich eine Revision ihrer Gesindeordnung, die 1685 zu einer neuen Publikation und nach weiteren zwei Jahren zu einem noch verschärfenden Anhang und Erklärung dieser revidierten Ordnung führt [2]). Darin ist die Reaktion des Mittellandes zwischen Elbe und Oder wiederum um ein gut

---

Stettin, Pommern usw. Renovierte nach Itziger leufte gelegenheit erweitert und erclärte Bawr und Schäfferordnung. 1616. Gedruckt zu Alten-Stettin bei Johan Dubern" S. 31. — Im Markgrafentum Oberlausitz wird eine ganz ähnliche Gewohnheit mit Erlaubnisschein und „Vergunstzeit" bereits 1539 vom Kaiser Ferdinand I. bestätigt (Weinart I S. 80). In Schlesien Spuren eines „Losszettels" 1623 in der oben S. 180 Anm. 2 genannten Ordnung.

[1]) 1645 § 5: Gesinde, das ohne Erlaubnis des Junkers anderwärts in Dienst getreten ist, soll zunächst nur „auffgetrieben", und erst „do diss Aufftreiben nichts fruchten oder schaffen will, endlich gar in Haft genommen und arbitrarie gestraffet werden". 1646 § 6 fügt sogar hinzu: „Da aber jemand wieder solch Auftreiben sich zu beschweren hette, soll er mit seiner Nothdurfft gehöret werden". Allerdings ordnet auch 1681 § 4 noch eine Vermögensstrafe für unberechtigte Festnahme an (Myl. V Abt. III Sp. 143 f.).

[2]) Myl. ebd. Nr. 24 u. 26.

Stück überboten. Auch mit der freien Berufswahl ist es zu Ende. Denn das „ander vitae genus honestum“ steht zwar noch auf dem Papier, aber es gehört dazu „Vorbewusst und Einwilligung eines jeden Orts-Obrigkeit“, die Obrigkeit aber ist mit der Ritterschaft für deren Bezirke inzwischen ganz identisch oder doch von ihr abhängig geworden. Der gleiche Weg wird zur Vernichtung des letzten vorzeitigen Kündigungsgrundes, der Heiratsaussicht, eingeschlagen; wenn die Mägde eine Ehe eingehen wollen, ist ebenfalls Genehmigung der Herrschaft nötig. Ein späteres Patent bringt dies auf den Geldstandpunkt, indem sich die Mägde zur Heirat mit 4—6 Talern loskaufen müssen [1]). Schliesslich wird auch auf den Bedarf der Eltern, wenigstens den angeblichen Bedarf, nur noch beschränkte Rücksicht genommen. Höchstens zwei Kinder dürfen sie zurückhalten, die übrigen verfallen dem gesetzlichen Vormietrecht des Junkers und werden zum Gesindevertrag gezwungen.

Die ersten Jahrzehnte des 18. Jahrhunderts lassen unsere Blicke auf die Reformideen des grossen Organisators Friedrich Wilhelms I. fallen. In seiner rasch entschlossenen, harten Art befiehlt er ohne jede Rücksicht auf Rat und Warnung der Regierungen oder des General-Direktoriums, die für ihn nichts tun als „elendes Resonniren“, die Aufhebung der Leibeigenschaft in den Dominialgütern. Hierbei kommt auch der als Folgeerscheinung sich ergebende Wegfall des erzwingbaren Gesindedienstes der Untertanenkinder zur Sprache. Aber der König schreibt an den Rand des betreffenden Berichts: „Ist nichts“, damit bekennend, dass sein scharfer Blick die Entwickelungsfähigkeit eines freien ungezwungenen Gesindevertrages voraussah. Dagegen bleibt die Reformarbeit vor den Rittergütern zunächst stehen. An Versuchen hat es der starke Mann allerdings auch hier nicht fehlen lassen, 1708 war schon von seinem Vorgänger in Pommern angefragt worden, ob die Leibeigenschaft der Privatbauern — das sind die, welche dem Rittergut unterstehen, — aufgehoben werden könne, er selbst tut ein Gleiches 1724 für den östlichsten Teil seiner Monarchie,

[1]) Vom Jahre 1698. Vgl. Myl. V Abt. III cap. II Nr. 9 Sp. 341 ff.

das inzwischen mehr und mehr hervorgetretene Preussen. Beide Versuche verlaufen indes ergebnislos[1]).

Umgekehrt zeigt die Reaktion in den anderen Landesteilen sogar noch kleine Fortschritte. Bei einer neuen Durcharbeitung der mittelmärkischen Gesindeordnung vom Jahre 1722 wird der Gedanke einer über Herr und Gesinde stehenden Instanz, dessen Aufkommen wir im 17. Jahrhundert beobachtet hatten (S. 182), wieder getrübt. Es wird die Unterbringung unerlaubt in fremden Dienst Gegangener in Festungen oder Spinnhäusern wie bisher vorgeschrieben, aber hinzugefügt: „jedoch soll jeder Obrigkeit unbenommen seyn, die wiederspenstigen Dienst-Boten in ihren eigenen Gerichten dem Verbrechen nach abzustrafen“[2]). Vor allem aber springt die Regelung, welche sich in dauernder Verschärfung rechts der Elbe ausgebildet hat, nunmehr auch auf das linke Elbufer über und erfasst die Altmark. Eine für dieses Gebiet im Jahre 1735 ergehende Gesindeordnung bringt in ihrem II. Teile, der die Gesindeverhältnisse des platten Landes festlegt, fast alle jener Einzelrückschläge, die im vorhergehenden dargestellt sind: die Dienstzeit ist wiederum nicht auf bestimmte Jahre beschränkt, sondern grundsätzlich ungemessen[3]). Vom befreienden „ander vitae genus honestum“ oder der „besseren Condition“ ist überhaupt nicht mehr die Rede. Heirat scheint allerdings von keiner Genehmigung oder einem Loskaufgelde abhängig zu sein, aber mindestens das laufende Jahr muss doch zu Ende gedient oder ein tauglicher Ersatzmann gestellt werden. Wollen die Eltern den Dienenden wegen Eigenbedarfes frei haben, so müssen sie „desshalb erhebliche Uhrsachen beybringen können“; dahinter verbirgt sich die

[1]) Vgl. Knapp II S. 1 ff., 27 ff. Ob es in Preussen wirkliche Leibeigenschaft oder nur „Erbuntertänigkeit“ gegeben hat, ist für den Zusammenhang gleichgültig; vgl. Knapp in den Preuss. Jahrbüchern 67, 233 ff. Das Prügelverbot v. 22. 4. 1738 (Myl., Cont. I Nr. XIX Sp. 147) ist ebenfalls nur für die Ämter ergangen, nicht auch für die Rittergüter.

[2]) Myl. V Abt. III Nr. 36 Tit. I § 4.

[3]) Im Magdeburgischen und Mansfeldischen Gebiet, das zum grösseren Teile auch linkselbisch lag, war schon durch die Polizey-Ordnung de anno 1688 cap. 34 § 7 (Myl. corp. const. Magdeb. III S. 215) die Dienstpflicht über 3 Jahre hinaus fixiert worden. — Über den I. Teil der Ordnung von 1735 s. weiter unten.

Möglichkeit runder Ablehnung. Ja sogar das Stillschweigen der Herrschaft innerhalb der 14tägigen Erklärungsfrist hat noch keineswegs befreiende Wirkung; es bringt vielmehr diese letzte der reaktionären Gesindeordnungen die Neuerung, dass nach dem Ablauf der Frist die Anfrage wiederholt werden muss und dem Stellungsuchenden erst dann Bewegungsfreiheit gegeben wird, wenn abermals 14 Tage ohne Erklärung verstrichen sind.

Es ist das letzte der reaktionären Gesetze. In der Tat, und darum verlohnt es sich in kurzem Rückblick die Frage zu stellen, ob sich irgendwelche Spuren einer Fürsorgepflicht des Gutsherrn finden neben den vielen gesetzlichen Regeln, die lediglich für seine Interessen Fürsorge treffen. Die Frage kann ohne Bedenken verneint werden. Nichts mehr von einer Vorschrift, den Dienst „erleidlich und erträglich" zu gestalten, nichts mehr von einem Befehl, sich nach den Vorzugsjahren um die wirtschaftliche Förderung des Gesindes zu bekümmern. Kein Wort von der Pflicht, den Erkrankten zu pflegen, kein Gedanke von der Aufgabe, dem Arbeitenden gute und reichliche Kost zukommen zu lassen.

Nicht unbedingt kann freilich aus dem Schweigen der Gesindeordnungen selbst auf ein völliges Fehlen der Fürsorge und eines entsprechenden Pflichtgefühles geschlossen werden, denn auch den Gesetzen des 18. Jahrhunderts ist vielfach noch die Technik der Landtagschlüsse eigen, die auf Erledigung der punktweise eingebrachten gravamina nicht auf erschöpfende Durchbildung eines geschlossenen rechtlichen Gebietes hinzielt. Aber die spätere Literatur lässt uns einen Blick in die Zustände tun, die noch in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts, teilweise auch in der zweiten, geherrscht haben müssen. Die Kost war jämmerlich. Der Menge nach wurde sie sogar vom Gesetze selbst beschnitten, indem neben dem Lohn die Kost gesetzlich in Maximaltarifen festgelegt und mehr als drei Mahlzeiten des Tages wiederholt verboten wurden[1]). Die Art der Nahrung liess jede Spur von Fürsorglichkeit vermissen. 1769 schreibt der Hofkammerrat Bergius: „Die Kost wird dem armen Dienstgesinde nach Möglichkeit geschmälert, und oft

[1]) 1635 in der Altmark, 1687 durch besondere Verordnung auch für Priegnitz, Uckermark und Mittelmark; 1688 für Magdeburg.

recht schlecht und unsauber zugerichtet. Es ist viel, wenn das Dienstgesinde alle Woche einmahl Fleisch bekommt, es geschiehet solches zuweilen auch nur alle Vierteljahre". Zehn Jahre später hält der geschwätzige Gelehrte und Sammler Krünitz es sogar noch für nötig, seinem Tadel der „übel verstandenen Sparsamkeit" folgenden Erguss hinzuzusetzen: „Es ist daher ein nicht zu verzeihender Fehler, wenn die Hausmutter bey der Zubereitung und Darreichung der Gesindekost, Schmutz und Unfläthereyen nicht vermeidet. Raupen, Schnecken, Gewürme unter Salat und Kohl, oder Waschlappen, Windeln und dergleichen Unrath in den Küchengefässen zu dulden, und, aus Gleichgültigkeit gegen Sauberkeit und Unsauberkeit unter die Gesindespeisen kommen zu lassen, kann doch manchem (!) Dienstbothen Eckel und Widerwillen erregen". Auch aus Oberschlesien wird 1786 nichts Gutes berichtet, und im benachbarten Sachsen findet eine Regierungskommission in den gleichen Jahren völlig ungeniessbare, ja vergiftete Speisen [1]).

Die Schlafgelegenheit der Knechte und Mägde scheint nicht minder vernachlässigt worden zu sein. Denn Bergius teilt uns mit: „Vor ihr Bette und Lagerstatt wird gemeiniglich so schlecht gesorget, dass wirklich öfters das Vieh bessere Ausrichtung bekommet und reinlicher als das Dienstgesinde gehalten wird". Wie mag es da erst dem erkrankten Gesinde gegangen sein? Ein anonymer Schriftsteller, den Bergius zitiert (S. 194), schildert die Lage der zum Gesindevertrag gesetzlich verpflichteten Untertanenkinder wie folgt: „Bey dem Krankwerden des Gesindes gereichet denen Herrschaften zu grossem Soulagement bey dem Dienst derer Unterthanen Kinder, mit der Wartung des kranken Gesindes nicht belästigt zu seyn, immassen man solche derselben Eltern überlässet, auch soviel den Eltern möglich, derselben Dienstvertretung anverlanget". Ferner lässt auch hier die Betonung, mit welcher die Schriftsteller der Zeit einer an sich schon sehr bescheidenen Fürsorgepflicht der Herrschaft das Wort reden wollen, darauf schliessen, dass dergleichen wenig heimisch war.

---

[1]) Vgl. J. H. L. Bergius, Polizey- und Cameral-Magazin, Frankfurt a. M. 1768 Bd. II S. 191 f. J. G. Krünitz, Ökonomische Enzyklopädie, Berlin 1779 17. Teil S. 639, 641 f. Knapp a. a. O. S. 68 [1]. Wuttke a. a. O. S. 180.

Indessen gerade das Vorgehen jener Autoren, die dem herrschenden Stande entsprungen, sich doch nicht scheuen, die Missstände im Leben des Dienstvolkes aufzudecken und scharf und schärfer zu tadeln, kündigt das Herannahen einer neuen Zeit. Sie sind die Pioniere, welche den Sturz der alten Gesetze herbeiführen und neuen ein gesichertes Fundament bereiten.

V.

Damals, in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, begann die grosse Aufklärung ganz Europa zu durchziehen. Allerorten hörte man das Wort von der natürlichen Freiheit eines jeden Menschen. Die Philosophie ging voran, das Recht folgte. Aus dem musste auch der Gesindestand seine Vorteile ziehen.

An der Spitze ist als ein treuherziger Anwalt für das Dienstvolk der grosse Wirtschaftsphilosoph Justus Möser zu nennen. Zum ersten Male taucht in seinen patriotischen Phantasien der Gedanke an eine geordnete Invaliden- und Altersversicherung der Dienstboten auf, und wenn er auch zunächst die Lasten auf die Versicherten selber gelegt wissen will, so appelliert er doch bereits an den Edelsinn der Herrschaft, der er die Übernahme der Beitragsleistung durch Entgegenkommen in einer anderen von ihm gar häufig diskutierten Tagesfrage erleichtern möchte: „Nach meiner Rechnung könnte es füglich angehen, dass ein Bedienter, der 30 Jahre im Lande wohl gedient, und jährlich 1 Thaler zu dieser Invalidencasse contribuiret hätte, die übrige Zeit seines Lebens monatlich 2 Thaler; und wenn er jährlich 2 Thaler contribuirt, monatlich 4 Thaler und so ferner erhielte. Und wie manche Herrschaft würde diesen Vorschuss nicht für ihre Dienstboten jährlich gern thun, wenn sie sich dagegen des Caffees und Thees freywillig enthalten wollten? Wie glücklich wäre dieses Geld nicht angewandt; und was kann eine Obrigkeit abhalten, eine solche Anstalt zu treffen? Käme ein Schaden dabey heraus: so müsste ihn das Publikum, das dagegen mit guten und treuen Dienstboten versorgt würde, übernehmen". Dieser Gedanke findet bald Anklang. Ziemlich wörtlich gibt ihn Krünitz in seiner

Enzyklopädie wieder und verschafft ihm damit weitere Verbreitung. Von da ab hat er nicht mehr geruht. Durch den Professor Heinsius erfährt er seinen genaueren Ausbau im Eingang des 19. Jahrhunderts. Der Königliche Preussische Geheime Stiftsrat Brennecke schliesst sich in dem Jahre an, da die letzte altpreussische Gesindeordnung erlassen wird, 1810, und ehe das so begonnene Säkulum zur Neige geht, ist der Gedanke der Altersversicherung in viel weiterem Umfange zum Gesetze geworden, als es der Vater des Gedankens ein rundes Hundert von Jahren zuvor verlangte[1]).

In einem anderen, allerdings von vornherein weniger greifbaren Punkte ist es dagegen teilweise beim Wunsche geblieben. Wohl in Erinnerung an die alte Verteidigungspflicht, die den Rittersmann zum Schutze seiner reisigen Knechte beim blutigen Strauss veranlasste, hat Möser weiterhin eine dem modernen Leben angepasste Beistandspflicht des Herrn im unblutigen Gefecht empfohlen. In einem fingierten Briefe preist er den angeredeten Dienstherrn hoch, der in der Stadt einen tüchtigen Advokaten bestellt und jährlich fest besoldet, damit sich danach die Untergebenen bei ihren Rechtsstreitigkeiten unentgeltlich an ihn wenden können. Möser denkt in diesem Zusammenhange freilich weniger an Gesinde als an die untergebenen Leibeigenen selbst. Da er aber an anderer Stelle für Beseitigung der Leibeigenschaft eintritt, so ist es gewiss in seinem Sinne gesprochen, diese prozessuale Fürsorgepflicht in das Gebiet des freien Arbeitsvertrages hinüberzunehmen. In einer beschränkten Form ist auch dieser Vorschlag bei der späteren Gesetzgebung berücksichtigt worden[2]).

Ein zweiter Vertreter der Aufklärung und Reform ist der bereits erwähnte Bergius. Bei ihm fehlt noch der Gedanke einer Altersfürsorge, und für den Fall schwerer Erkrankung des Gesindes

---

[1]) J. Möser, Patriotische Phantasien, Neue Ausgabe von 1778 Teil I Nr. XIII S. 84 f. Krünitz a. a. O. S. 635 f. Heinsius, Ideen und Vorschläge zur Errichtung von Pensionsanstalten für alte und invalide Dienstbothen, Berlin 1803. — W. H. Brennecke, Über Verschlimmerung des Gesindes und dessen Verbesserung, Berlin 1810 S. 37 ff.

[2]) Vgl. Teil IV Nr. LXV (S. 348) und Nr. LXIII (S. 321 ff.). — Über die Nachwirkung im ALR. unten.

weiss er von keiner anderen Pflicht der Herrschaft zu sprechen, als „den ordentlichen Beichtvater zu dem Gesinde rufen zu lassen, und die wenigen Kosten nicht zu scheuen, welche etwa bey entfernten Orten zu dessen Überbringung erfordert werden". Aber im übrigen tritt er doch, soweit er eigene Meinungen und nicht bloss Auszüge der geltenden Gesindeordnungen bringt, für eine Besserung der Gesindebehandlung, nötigenfalls auf dem Boden der allgemeinen Landespolizey, ein [1]. Andere dagegen zeigen ein bedenkliches Schwanken, die notwendige Begleiterscheinung aller Übergangszeiten. Auf der einen Seite können auch sie sich nicht genug tun in dem Lob des „natürlichen Rechts und der natürlichen Freiheit und der natürlichen Billigkeit", auf der anderen stecken sie in manchen Punkten noch tief im Gedankenkreise der Reaktion. Dazu gehört der Nürnberger Advokat Dorn und vor allem Krünitz, dessen Name ebenfalls schon im Vorgehenden genannt war. Der Artikel des letzteren, zusammengeschrieben aus Bergius und Möser und mit einigem eigenen Beiwerk versehen, pendelt dauernd zwischen der Aufstellung herrschaftlicher Fürsorgepflichten und der Empfehlung strengster Zucht gegen das wenig liebevoll kritisierte Gesinde hin und her.

Wie gross im einzelnen noch seine Rückständigkeit ist, beweist die Stellungnahme zu dem Züchtigungsrecht der ländlichen Herrschaft. Seit langem war davon in keiner Gesindeordnung mehr die Rede. Aber das Recht ist darum sicher nicht verschwunden gewesen, sondern die Selbstverständlichkeit seiner Ausübung in einer Zeit, wo auch das Militär den Stock des Vorgesetzten über sich sah, machte eine gesetzliche Festlegung überflüssig [2]. Darum ist es nur ein Zeichen der Aufklärung, dass die öffentliche Erörterung diesen Punkt von neuem erfasste, und die Auslassungen Krünitz' beweisen, dass er an eine geläufige Erscheinung anknüpfte, da er sich offenbar noch für einen Vertreter der milderen Richtung ansieht: „Doch sind die Züchtigungen jederzeit dergestalt einzurichten, dass sie das Verhältnis der begangenen Vergehungen nicht überschreiten,

[1] a. a. O. Bd. II S. 191 § 7, weniger § 10 ff.; Bd. IV S. 105 ff. §§ 13, 14, 15 a. E., 16, 25 Abs. II, 26 nur teilweise, 28.

[2] Über das Prügelmandat für die Kgl. Ämter s. oben S. 188 Anm. 1.

sondern denselben gehörig angemessen seyn. Einige tüchtige Hiebe mit der Peitsche, Karbatsche oder Kantschu, werden in den meisten Fällen, wenn die Sache nicht etwa einen verstockten Bösewicht betrifft, hinreichend sein, bey dem Gezüchtigten mehreren Fleiss und Aufmerksamkeit zuwege zu bringen". Auch den schweren Strafen, die damals noch die meisten Gesindeordnungen für Dienstbotendelikte enthielten, Halseisen und Zuchthaus für die sog. Schwänzelpfennige, ja sogar Zuchthaus für den blossen Futterdiebstahl, den wir heute mit der mildesten aller Strafen belegen, geht Krünitz ohne Rüge vorüber. Gegen derlei klingt es freilich recht matt, wenn im übrigen eine gute Behandlung gepredigt, vor schlechter Kost gewarnt, der Herrschaft sogar Fortbildung und Unterricht des Gesindes ans Herz gelegt wird. Ist doch auch Krünitz derjenige, der seine sozialen Wünsche mit der eingangs erwähnten Bibelstelle begründet: „Der Gerechte erbarmet sich seines Viehs, wie soll man denn einen Menschen nennen, der dies nicht gegen seine Mitbrüder tut?"

Immerhin liegt schon in dem blossen Versuch einer Begründung der Fortschritt. So hielt man es doch wenigstens für nötig, das Züchtigungsrecht juristisch zu konstruieren. Krünitz selbst tut es, indem er die Herrschaft als letzte Stufe der Erziehung, Eltern und Schule als die vorangehenden Stufen betrachtet. Dorn steht auf ähnlichem Standpunkt. Bergius dagegen konstruiert eine stillschweigende Bedingung, die den Gesindedienstvertrag begleite und das Züchtigungsrecht des Gutsherrn enthalte. Wieder andere nehmen Notwehr des Herrn an, indem sie Ungehorsam, Trägheit, schliesslich alle schlechten Eigenschaften des Gesindes in das Gewand eines rechtswidrigen Angriffs auf die Interessen der Herrschaft zwängen. — Wichtiger ist, dass wir auch bei diesen Schriftstellern des Übergangs und des Schwankens den Keim mancher Erscheinungen finden, die in unserem modernen Rechte aufgegangen sind. Wie die Vorahnung einer vielgepriesenen „Neuerung" des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 618) sieht es aus, wenn wir lesen, dass von dem Dienstverpflichteten „keine anderen Verrichtungen gefordert werden dürfen, als welche dem Endzweck ihres Dienstes gemäss, ihrer Ehre, Tugend und Gesundheit nicht

nachteilig und den bürgerlichen Gesetzen nicht zuwider sind". Zu der Altersfürsorge tritt der Gedanke der Krankenfürsorge: „Ich rede hier nicht von ganz krankem Gesinde, dem es eine christliche Herrschaft wohl nicht an Pflege und dienlicher Krankenspeise wird fehlen lassen", sondern es muss auch dem nicht gerade bettlägerigen Kranken geeignete Kost gereicht und weiterer Schaden von ihm abgewendet werden. Schliesslich unternimmt es Krünitz sogar, von den Vorschlägen legis adiuvandi, legis supplendi gratia zu einem legem corrigere überzugehen. Er tadelt das geltende Recht und gibt Fingerzeige für neue Bahnen der Gesetzgebung, wenn er sagt: „Will man eine gute Gesinde-Einrichtung mit Bestand machen, so darf man nicht allein bey den Beschwerden der Herrschaft stehen bleiben, sondern muss auch den Klagen der Dienstbothen Gehör geben. Denn dieses ist ein grosser Fehler bey vielen Gesindeordnungen, dass nur auf die Vergehungen des Gesindes das Augenmerk gerichtet und diese allein gerüget werden wollen, ohne dass auch zugleich auf der anderen Seite auf das Verhalten der Herrschaften gegen ihr Gesinde einige Rücksicht genommen und diesen ebenfalls gehörige Schranken gesetzet werden" [1]).

Die preussische Gesetzgebung war bereits auf der neuen Bahn, als Krünitz schrieb. Sie hat den Ruhm, mit der allgemeinen Aufklärung ziemlich gleichen Schritt gehalten zu haben, während andere benachbarte Staaten erst erheblich später dem preussischen Beispiel folgten [2]).

---

[1]) Krünitz a. a. O. S. 565—713; Züchtigung S. 706, 613 ff., Strafen 599, Behandlung 609, Fortbildung 606, Kost 639, Altersfürsorge 635 f., Krankheit 613 f., 658, Gesetzgebung 597. — Dorn, Versuch einer ausführl. Abhandl. des Gesinderechts, Erlangen 1794; betr. Züchtig. §§ 164, 114 ff. — Bergius IV S. 106.

[2]) Vgl. vornehmlich die Entwickelung in Sachsen. Zwar schlägt die Ständedenkschrift von 1722 bereits einige mildere Noten an, aber die Gesindeordnung von 1735 steigert die Last, auch das Mandat von 1766 wirkt bedrückend, und 1790 kommt es zu einem Aufstand. Vgl. Wuttke S. 147, 150 f., 163, 177 ff. S. auch schon oben S. 182 Anm. 1. — Auch für Holstein war Preussen vorbildlich. Vgl. G. P. F. Mölling, Holstein.-deutsches Gesinderecht, 1832 S. 17 a. E.

Die Bewegung begann in der Stadt. Wie die städtische Armenpflege im 18. Jahrhundert ihre gesetzliche Regelung fand und insbesondere Berlin auf diesem Gebiete steigende Fortschritte machte, so drängte auch die Lage des städtischen Gesindes nach einer erheblichen Verbesserung. Das zwang zu einer technischen Neuerung in der Gesetzgebung, man musste ländliches und städtisches Gesinde getrennt behandeln, da für ersteres ein gleiches Bedürfnis nach rechtlicher Fürsorgepflicht der Herrschaft zunächst noch nicht empfunden wurde. Die Trennung vollzog sich 1718; es ergeht eine besondere „Gesindeordnung vor hiesige Residentzien". Ihr Ton ist bereits milder, die schlimmen Titel, mit denen das Gesinde bisher bedacht war, bleiben nunmehr dem landwirtschaftlichen Personal vorbehalten. Auch werden die moralischen Qualitäten des Gesindes ans Licht gezogen, es erscheint nicht lediglich als Arbeitsmaterial, sondern als ein Mensch mit Pflichtgefühl, von dem man verlangen darf, dass es „gottfürchtig, fromm, im Dienste treu, fleissig und unverdrossen" sei. Auch bekommt der Herr wieder zum ersten Mal den Druck einer über ihm stehenden wirksamen Kontrollgewalt zu spüren: das Gericht ist zur sofortigen Exekution gegen die Herrschaft angewiesen, die einem Dienstboten nach Beendigung der Dienstzeit nicht sofort die rückständige Löhnung auszahlt oder sonst seinem Abzuge Schwierigkeiten in den Weg stellt.

Weit stärker kommt dieser letztere Gedanke bereits zum Ausdruck, als 1746 die Berliner Gesindeordnung eine Revision erfährt. Denn die verbesserte Auflage verordnet die Errichtung eines eigenen „Gesindeamts" und gibt diesem eine Strafgewalt, die sich gleichmässig über Herrschaften und Gesinde erstreckt und die es ausüben soll „nach Befinden und Verdienst, ohne Ansehen der Person und Menschen-Furcht". Hand in Hand damit geht eine Einschränkung der herrschaftlichen Zuchtgewalt; sie wird zwar im Prinzip aufrecht erhalten, aber bei allen, nur einigermassen bedeutenderen Fällen ungehörigen Betragens hat der Herr die Ahndung nicht selbst in der Hand, sondern muss dem Gesindeamte Anzeige machen; dessen Spruch, namentlich auch im Punkte der Schadensersatzpflicht, bindet sodann beide Parteien, die sich gemeinsam dem unparteiischen Richter zu unterwerfen haben. Dadurch ist der Bruch mit der jahrhunderte-

langen Einseitigkeit der Gesindeordnungen vollzogen, und es ist nur eine weitere Ausführung, wenn diese preussische Gesindeordnung von 1746 (schon dreissig Jahre vor Krünitz) neben den Pflichten der Dienenden gegenüber dem Herrn die Pflichten der Herrschaft gegen das Gesinde, allerdings in bescheidenem Umfange, zusammenstellt und zum ersten Male die beiden Pflichtengruppen in besonderen Titeln auch äusserlich in Parallele bringt [1]).

Dem neuzeitlichen, kulturgetragenen Aufschwung der grossen Städte hatte das platte Land nichts Gleiches gegenüberzustellen. Was in der Residenz der „Moderne" und Aufklärung zuliebe durchging, erschien für den Herrschaftsbereich der Rittergüter unbegründet. Und als daher die städtischen Neuerungen auch hierhin einzudringen begannen, da konnten sie nur schrittweise vorwärtskommen. Wir haben in der „Revidirten Gesindeordnung für das platte Land", welche 1769 erlassen wird, denselben Kampf wie in den Schriften der meisten Aufklärungsjünger, die Übergangszeit drückt beiden ihren Stempel auf.

Es ist nämlich auf der einen Seite ganz offenbar, dass das Berliner Vorbild in vielem nachgeahmt wird. Der Ton ist milder, der Stoff des Abschnitts, der das Verhalten während der Dienstzeit regelt, ebenfalls in die Pflichten der Herrschaft und in die Pflichten des Gesindes zerlegt, vor allem tritt nunmehr auch für das landwirtschaftliche Gesindeverhältnis wiederum eine über dem Herrn so gut wie über dem Knecht stehende

---

[1]) Die Ges.-Ordn. v. 1718 ist abgedr. bei Myl. V Abt. III Nr. 35; vgl. namentlich §§ 19, 21. Sie bildet, meist wörtlich, auch den 1. Teil der altmärkischen Gesindeordnung von 1735, über deren landwirtschaftliche Regeln oben S. 188 Anm. 3 gesprochen war. Die Ges.-Ordn. v. 1746 in Contin. III Sp. 43 ff.; vgl. namentlich Tit. V u. IX. — Bezüglich des Armenwesens vgl. die Interims-Armenordnungen in denen Königlichen Preussischen Residentzien Berlin usw. von 1703 (Myl. I Abt. II Nr. 73 Sp. 134 ff.). Nach dem „Extract der unter Direktion des Königl. Berlinischen Armendirektorii im Jahre . . . erhaltenen Armen" wurden im Jahre 1769: 3666, i. J. 1778: 5808, i. J. 1788: 13992 Arme versorgt. — Auch anderweit zeigt sich der Fürsorgegedanke. So in der 1783 ergehenden „Verordnung, wie es mit der Cur und Verpflegung derer auf der Wanderschaft oder in den Werk-Städten krank werdenden Handwerksgesellen gehalten werden soll".

Instanz in den Vordergrund. Richter über beide ist der iustitiarius loci, in seine Hand wird die Prüfung des Elternbedarfs gelegt, er ist zur unparteiischen Auslegung des zwischen Herrschaft und Gesinde geschlossenen Vertrages berufen: „Wann aber Streitigkeiten und Beschwerden zwischen der Herrschaft und dem Gesinde entstehen, welche den Dienst betreffen; So sollen solche auf das schleunigste untersuchet, und dem Befinden nach dem Gesinde wider ihre ungerechte Herrschaft . . . zu ihrem Recht verholffen . . . werden". Nichts lässt besser erkennen als dieses Vorrücken der richterlichen gegenüber der gutsherrlichen Gewalt, dass der alte öffentlichrechtliche Charakter des Gesindeverhältnisses zu schwinden beginnt und einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis den Platz einräumt [1]). Man konnte dann auch in der Landgesindeordnung daran gehen, die bisher vernachlässigten Pflichten der herrschaftlichen Vertragspartei genauer auszuarbeiten, so dass die Entwickelung der Fürsorgepflicht des Gutsherrn für sein Gesinde in der Tat in diesem Augenblick an einen bedeutsamen Wendepunkt gelangt ist. Die alten ersten Gedanken einer sozialen Fürsorge kommen nicht nur wieder, sondern werden jetzt schon überflügelt durch einige kurze Sätze, die noch heute die Grundlage wichtiger Bestimmungen des preussischen Gesinderechts bilden: „Es hat ein jeder, der Gesinde hält, demselben den gebührenden Unterhalt zu geben, es mit keiner unerträglichen Arbeit zu plagen, bey leichten Krankheiten mit der erforderlichen Pflege zu versehen und überhaupt sich gegen dasselbe nicht tyrannisch, sondern, wie es einem christlichen und verständigen Hauss-Wirth gebühret, zu verhalten"; selbst über die Vertragsdauer hinaus ist an die Zukunft des Gesindes zu denken, daher soll in dem Abgangszeugnis nur „von groben Verbrechen, als Untreue, Diebstahl und Trunkenheit, nicht aber von kleinen Fehlern und Vergehungen, Erwehnung geschehen, damit den

[1]) Der Gutsherr pflegte bereits seit längerem die Gerichtsbarkeit durch einen sog. iustitiarius ausüben zu lassen. Schon 1723 wird für diesen Universitätsbildung vorgeschrieben (Myl. II, I Nr. 218 Sp. 737). 1749 tritt das Erfordernis eines Examens vor dem Justizkollegium hinzu (Myl., Cont. IV Nr. 66 § 34, auch 12; Sp. 172 und 166).

Dienstbothen dadurch ihr anderweites Unterkommen nicht schwer gemachet werde".

Diesen Fortschritten stehen aber, wie schon angedeutet, auch einige Rückschritte zur Seite. Sie bewegen sich in der Richtung einer Weiterspannung des Dienstzwanges, fallen also für uns unter den Gesichtspunkt einer Vernachlässigung der Fürsorge für das wirtschaftliche Fortkommen und widersprechen daher in gewisser Weise dem Geist der eben erwähnten Bestimmung über die Zeugnisausstellung. Die Untertanenkinder sind von jetzt ab der Herrschaft nicht nur dann zum Angebot ihrer Arbeitskraft verpflichtet, wenn sie sich überhaupt entschlossen haben, in Dienst zu gehen, sondern müssen auch ohne dies — auf die blosse Aufforderung des Gutsherrn hin — den Gesindedienstvertrag eingehen. Das wirkte um so schlimmer, als gleichzeitig, ähnlich wie im alten Pommern (oben S. 185), bestimmt wurde, dass die Nichtannahme des Angebots seitens des Gutsherrn immer nur für ein Jahr gelte, nach dessen Ablauf neue Meldung erfolgen müsse. Damit waren sämtliche Untertanenkinder auf Jahrzehnte hinaus an den Gutshof gebunden: ja sie mussten sogar vor Antritt des „Urlaubs" einen Schein unterschreiben, in dem sie ausdrücklich ihre Abhängigkeit und Pflicht zum Zwangsdienst anerkannten, und dieser Schein genügte zur sofortigen Reklamation. Juristisch betrachtet stellen sich diese Sätze als eine Aufhebung des Instituts der Vormiete mit ihrer Erklärungsfrist, ihrem scharfen Entwederoder und ihrem sonstigen privatrechtlichen Charakter dar.

Wir sehen also, dass dasjenige, was in einzelnen Partien an Fürsorgepflichten und Privatrechtsgedanken neu eindringt, durch Stärkung des öffentlichrechtlichen Moments und der fürsorge**befreiten** Herrengewalt an einer anderen Stelle wieder wettgemacht wird. Die Gesindeordnung von 1769 steht mitten in der Zeit des Kampfes, sie ist berührt vom Geist der Freiheit, aber sie hat die Reaktion noch nicht überwunden [1]).

---

[1]) „Revidirte Gesinde-Ordnung für das platte Land" vom 11. Febr. 69. Gedruckt bei Georg Jakob Decker. Vgl. namentlich für das Verfahren bei Streit Tit. I §§ 3 ff., II § 12, VI § 2; für die Pflichten der Herrschaft Tit. VI § 1. II § 6 in Parallele mit §§ 83, 85, 86, 146, 97, 173 der heutigen Gesindeordnung von 1810; für den geschärften Dienstzwang Tit. I §§ 2, 10 f.

VI.

Bei einem solchen Kampf der Strömungen musste es für die Frage der gutsherrlichen Fürsorgepflicht von grösster Bedeutung sein, wie der Mann sich dazu stellen würde, in dessen Hände die Leitung der grossen Kodifikation des 18. Jahrhunderts gelegt war, Carl Gottlieb Svarez. Eine unmittelbare und zusammenhängende Äusserung von ihm haben wir nicht. Aber wir können aus den Materialien, insbesondere aus den Beratungen, die zwischen dem gedruckten Entwurf des Allgemeinen Landrechts von 1784 und dem Landrecht selber liegen, jedenfalls das Bild gewinnen, dass Svarez, wo er nur konnte, mindestens dem häuslichen Gesinde zu helfen, seine Stellung zu verbessern bemüht war. Als die Frage erörtert wurde, wie lange einem Dienstboten der Lohn entrichtet werden solle, nachdem die Herrschaft verstorben und daraufhin das Dienstverhältnis gelöst sei, da trat Svarez dafür ein, dass wenigstens ein halbes Jahr lang nach der Lösung die Erben noch fortbezahlen müssten. Als man über die Dauer der Versorgungspflicht gegenüber dem kranken Gesinde debattierte, da wollte er ebenfalls auch über die Dienstzeit hinaus die Fürsorge sich erstrecken, nötigenfalls bei allzu langwierigen „morbis chronicis“ zur Hälfte die Herrschaft, zur Hälfte den Staat haften lassen. Mit beiden Vorschlägen drang er nicht durch. Dagegen hatte er Erfolg, als es sich um den Lohnabzug für Krankenpflege handelte und er der Herrschaft nur den Zugriff auf den „kurrenten“, nicht auch auf den von früher her rückständigen Lohn gestatten wollte. Und wie ein Teil der Redaktoren, namentlich v. Grolman, dafür eintraten, dass zänkisches oder zu Schlägereien neigendes Gesinde ohne Aufkündigung sofort entlassen werden dürfe, da verwarf dies Svarez kurzerhand, weil er keinen hinreichenden Grund dafür einsehe, wiederum erfolgreich. Wenn er daher auch nur teilweise seine Wünsche verwirklicht sah, so wird doch ein gut Teil der sozialen Fürsorgeideen, welche dem Titel „Von den Rechten und Pflichten der Herrschaften und des Gesindes“ (II, 5) im ALR. einverleibt wurden, diesem Manne zu verdanken sein[1]).

[1]) Vgl. die zerstreuten Bemerkungen bei L. v. Rönne, Ergänzungen

Aber wir können ihn auch als den Vater der Reform des landwirtschaftlichen Gesindewesens betrachten. Dieses war in dem eben genannten Titel nicht mitbegriffen, vor allem nicht der Zwangsdienst der Untertanenkinder; es wurde vielmehr dem Titel vom Bauernstande (II, 7) eingegliedert. Aber auch hier setzen die Verbesserungen schon damals ein, gewiss vom Geiste Svarez' getragen. Und vor allem ist das zu bedenken, dass diejenige Gesindeordnung, welche später wiederum beide Gesindearten zusammenfasst, die letzte altpreussische, heute noch geltende Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810, die im ALR. für die häuslichen Dienstboten aufgestellten Regeln fast wörtlich übernimmt und derart — in einem ähnlichen Vorgange wie dem oben (S. 197 f.) geschilderten — die ursprünglich nur dem Hausgesinde gewährten Neuerungen nur nachträglich auch dem Knecht und der Magd des landwirtschaftlichen Betriebes zugänglich macht. Nicht in der Gesindeordnung der Stein-Hardenbergischen Periode sind daher die Wurzeln der noch heute geltenden Fürsorgepflicht des Gutsherrn zu suchen, sondern schon in der Zeit der Svarezschen Kodifikation.

Darum ist ein kurzes Eingehen auf den Inhalt der beiden Landrechtstitel vom Bauernstande und vom Gesindeverhältnis erforderlich, soweit darin die soziale Stellung der Dienenden gebessert wird. — Die Abhängigkeit der Bauern war trotz Aufklärung und trotz Friedrich dem Grossen keineswegs beseitigt, wenn auch die eigentliche Leibeigenschaft mit dem Allgemeinen Landrecht ihr Ende fand [II, 7 §§ 147 ff., 2]. Dementsprechend blieben auch die Untertanenkinder zum Gesindedienst gezwungen, und zwar in der scharfen Form, die wir soeben noch bei der Gesindeordnung von 1769 kennen gelernt haben: immer nur Urlaub für ein Jahr und keine zeitliche Grenze für die Dienste, sofern nicht Provinzialrechte, wie allerdings meist der Fall war, eine bestimmte Zahl von Jahren (drei) für ausreichend erklärten; auch wurde noch weiterhin die

---

und Erläuterungen der preuss. Rechtsbücher. 7. Ausg. (1888) III. Bd. S. 382 ff. — Die Gesindeordnung von 1810 hat in zweien der oben erwähnten Einzelstreitpunkte wieder anders entschieden als das ALR., einmal für, das andere Mal gegen die Absichten Svarez'.

„lederne Peitsche“ über dem Rücken der Knechte und Mägde geschwungen [171 ff., 160, 227 ff. Anhang § 105]. Aber die besondere Zusammenstellung der Pflichten des Herrn, die auch diesmal nicht fehlt, bringt eine immerhin weitreichende Fürsorgepflicht. „Sind ansässige Untertanen, nach erlittenen harten Unglücksfällen, fremden Beistandes bedürftig, so ist die Herrschaft, sich derselben nach ihren Kräften werkthätig anzunehmen, vorzüglich verpflichtet“. Auch in blossen „Notfällen“ wird sie kraft Gesetzes für schuldig erklärt, den Leuten beizuspringen; und fast wie ein Stück der alten Verteidigungspflicht und damit doch wie ein gewisser Sieg der zweiten Möserschen Idee (oben S. 192) erscheint es, wenn es heisst: „Sie muss die Unterthanen gegen wucherliche Behandlungen und Übervorteilungen zu sichern bemüht sein“. Alles dies wird von den Untertanen selbst ohne weiteres auf deren dienstpflichtige Kinder und damit ins Gesindewesen zu übertragen sein. Denn dass die Fürsorgepflicht des Herrn sich gerade auch dem Schutze der heranwachsenden Generation widmen soll, das zeigen die Sätze: „Der Gutsherrschaft liegt besonders ob, für eine gute und christliche Erziehung der Kinder ihrer Unterthanen zu sorgen. Gutsherrschaften, welche sich der verwaiseten oder sonst von ihren Eltern verlassenen Kinder nicht annehmen wollen, verlieren auf dieselben ihre Rechte“. Obgleich solches ganz anders klingt wie die Gesindeordnungen der früheren Jahrhunderte, obgleich es in der Tat ein Versuch war, mit den modernen Gedanken von der allgemeinen Menschenwürde einen Einklang herzustellen, war es doch nicht lebensfähig. Denn die Fürsorge, die uns hier begegnet, hatte noch einen rein patriarchalischen Charakter. Das patriarchalische Wesen aber begann sich schon in dieser Zeit zu überleben. Patrimoniale Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt hat das neunzehnte Jahrhundert hinweggenommen, und auf dem Gebiet der Gesindeordnung trat schon damals das entgegengesetzte Element entscheidend in den Vordergrund, dem der Sieg gehören sollte, nämlich das Element des obligatorischen Vertrages.

Dies geschah im Rahmen des städtischen (häuslichen) Gesindewesens. Schon der Entwurf des ALR. von 1784 hebt an mit dem Leitsatz: „Das Verhältnis zwischen Herrschaft und Gesinde

gründet sich auf einem Vertrage". Und so werden denn auch die beiderseitigen Rechte und Pflichten bereits weit schärfer herausgearbeitet, allgemeine Anweisungen, dem hilfsbedürftigen Untertanen beizuspringen oder ähnliches, reichen nicht mehr aus, sondern die Fürsorgepflicht hat ihre juristisch genau bestimmbaren Grenzen bekommen. Bis dorthin muss der Dienstherr gehen, aber darüber hinaus ist auch jede Rechtspflicht zu Ende. — Verloren geht die pädagogische Aufsicht, vornehmlich über Kindheit und Jugendalter, weil ihr ein offenbar patriarchalischer Zug innewohnte. Selbst die Pflicht, auf Kirchenbesuch der Leute zu halten, von alters her überliefert[1]), ist dem Entwurf fremd. Als sie dann vom ALR. selbst und von der Gesindeordnung des Jahres 1810 wieder eingeflickt wird, geschieht es auch nur im Anschluss an den sozialen Gedanken, der dann sogar in unser allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch übergegangen ist: die Herrschaft muss dem Gesinde die nötige Zeit zur Abwartung des öffentlichen Gottesdienstes lassen. — Gleichzeitig mit der Erziehungsfürsorge verschwindet aber auch als deren Begleiterscheinung das Züchtigungsrecht. Es bleibt nur eine Erinnerung an die Notwehrtheorie bestehen: Reizt das Gesinde die Herrschaft durch ungebührliches Betragen zum Zorn, und wird in selbigem von ihr mit Scheltworten oder geringen Tätlichkeiten behandelt, so kann es dafür keine gerichtliche Genugtuung fordern. Die Ansicht der entscheidendsten Rechtslehrer und die Rechtssprechung der höchsten Gerichte haben sich übereinstimmend dahin entwickelt, dass ein wirkliches Züchtigungsrecht in diesem Strafausschliessungsgrunde nicht zu erblicken sei[2]). — Verschwunden ist schliesslich der Gedanke

[1]) Vgl. u. a. schon die Visitations- und Consistorialordnung von 1573, ferner die Verordnung von 1683 (Myl. I Abt. I Sp. 290 u. 406) und viele Gesindeordnungen. Der Jetztzeit nahe steht besonders „der Kgl. Regierung in Pommern renovierte Gesinde- usw. Ordnung" von 1669, gedr. zu Greiffswald von Matthaeo Doischern, der Universität Buchdrucker, die für das bald darauf zum Teil brandenburgisch werdende Pommern in Tit. I § 1 ein Verbot der Arbeit während des Gottesdienstes, im § 2 der Frondienste zur gleichen Zeit aufstellt und im § 3 sogar den Ausschank von Bier oder Wein in den betreffenden Stunden untersagt.

[2]) So das Reichsgericht, das Obertribunal, das Kammergericht, der Oberste Gerichtshof in Bayern, und Koch, Lindenberg, Nussbaum.

einer Verteidigungspflicht, ebenfalls, weil er nur im patriarchalischen Kreise verwirklicht werden konnte.

Dagegen bleibt auch auf der neuen Grundlage des freien Arbeitsvertrages Raum für die Fürsorge durch tüchtige Kost und für die Pflicht einer Pflege des erkrankten Gesindes. So sehr ferner eine Pflicht, dem Gesinde noch im späteren Leben die Wege zu ebnen, mit dem Untergang des väterlichen Gewaltverhältnisses den Boden verliert, so sehr wird andererseits das Verbot einer Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens und einer Verhinderung des pekuniären Aufschwungs der Gesindeleute zur Selbstverständlichkeit, sobald ihre Bindung an den Herrn auf nichts weiter beruht als ihrem freien Willen. So wird denn vor allem mit dem alten Institut der Lohntaxe gebrochen und die Höhe des Lohnes wieder freigegeben. Das war vielleicht der schwerste Stoss, der das patriarchalische Gesindewesen treffen konnte. Dem Spiel der Kräfte war kein Riegel mehr vorgeschoben, der Tüchtige konnte es zu etwas bringen, und wer an einer Stelle schlecht behandelt wurde, der löste seinen Vertrag und suchte nach Besserem.

Mit einem Schlage vollzog sich dies nicht. Die Zeit des ALR. bezeichnet aber doch bereits den kritischen Punkt. Nachdem noch 1779 ein sehr scharfes Publikandum gegen das Überschreiten der Taxen gerichtet war, nimmt elf Jahre später, dem ALR. vorangehend, ein besonderes Edikt vom 26. Juli 1790 diesem eigentümlichen Rechtsinstitut seinen Stachel, indem die Strafen für zu hohen Lohn beseitigt, teilweise eingeschränkt werden. Was das für eine Bedeutung hatte, erhellt am besten daraus, dass nach den Berichten von Bergius und Krünitz schon zuvor trotz aller Strafen die Nichtbeachtung der Taxen etwas Häufiges gewesen ist[1]. So war die Bindung an die gesetzlichen Maxima, die noch dem ALR. innewohnte, fast nichts mehr wie ein theoretisches Gebilde, und auch zu dessen Umsturz war bereits der erste Schritt getan mit dem Satze: „Wo keine gesetzliche Bestimmnng vorhanden ist, hängt dieselbe wegen des Lohnes und Kostgeldes von dem bei Schliessung des Mietcontractes getroffenen Über-

[1]) Kollmann S. 252.

einkommen ab". Das hat dann die Gesindeordnung von 1810 nur noch verallgemeinert, indem sie sagte: Der Lohn und das Kostgeld hängt ohne Ausnahme bloss von freier Übereinkunft ab (§ 35 ALR., § 32 GO.).

Doch genügte die Erschliessung einer reichlicheren Geldquelle, damit des Weges zu neuzeitlichem, wirtschaftlichem Fortkommen allein noch nicht, um die Ziele des Gesetzgebers auf dem Gebiete der Fürsorgepflicht ganz zu erreichen. Das Bestreben mancher Herrschaft, für eine Kündigung sich durch schlechte Zeugnisse zu rächen oder ein Mehr an Lohn durch Härte in anderen Punkten wieder einzubringen, liess sich voraussehen. Darum sollte auch ehrliche Zeugniserteilung und gute Beköstigung gesetzlich gesichert und polizeilich kontrolliert werden. So wird zum Gesetze, dass das Gesinde, wenn ihm in dem „Abschiede" Beschuldigungen zur Last gelegt werden, die sein weiteres Fortkommen hindern könnten, auf richterliche oder polizeiliche Untersuchung antragen und gegen eine falsch zeugende Herrschaft jeden Schaden einklagen darf. Hinsichtlich der Nahrung bestimmt das ALR. und sein Entwurf zunächst nur: Ist auch Kost versprochen worden, so muss selbige in den jedes Orts gewöhnlichen Speisen bis zur Sättigung gegeben werden. 1810 wurde dann der weitere Satz hinzugefügt, dass offenbar der Gesundheit nachteilige und ekelhafte Speisen die Dienstboten nicht könnten anzunehmen gezwungen werden und dass die Polizeiobrigkeit bei etwaigem Streit Menge und Beschaffenheit der Beköstigung festzusetzen habe (E. §§ 88, 135 ff., 98, ALR. §§ 83, 172 ff., auch 97, GO. §§ 83, 172 ff., 97).

Vor allem aber wird jetzt als das wichtigste Gut der arbeitenden Klasse die Gesundheit erkannt, und die dem Gutsherrn in dieser Rücksicht auferlegten Pflichten sind im Laufe des 19. Jahrhunderts so sehr in den Vordergrund getreten, dass sie nunmehr den Begriff der Fürsorgepflicht fast allein auszufüllen bestimmt sind, während alles übrige dahinter zurücktritt. Die gesetzlichen Wurzeln sind hier nicht minder wie in den vorangehend besprochenen Partien bereits bei Svarez und seinen Werken zu finden. Der Satz „Die Herrschaft muss dem Gesinde nicht mehrere noch schwerere Dienste zumuten, als das Gesinde nach seiner Leibesbeschaffenheit und seinen Kräften ohne Verlust

seiner Gesundheit bestreiten kann" hat seinen Weg von dem Entwurf des Jahres 1784 in wörtlichem Bestande über das ALR. zur Gesindeordnung genommen, und wenn wir im Bürgerlichen Gesetzbuch des 20. Jahrhunderts zwar einer anderen Fassung in den Worten begegnen: „Der Dienstberechtigte hat Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben oder Gesundheit so weit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistungen es gestattet", so erkennen wir doch, dass der Gedanke nichts Originelles enthält, sondern auf die grosse preussische Kodifikation zurückführt [1]).

Nicht minder kann das ALR. Anspruch darauf erheben, Vorläufer eines zweiten als „sozial" bezeichneten Paragraphen des heutigen Dienstvertrages zu sein. Wie der Herr von vornherein schon alle Vorkehrungen treffen muss, um Störungen der Gesundheit möglichst auszuschliessen, so soll er auch, wenn trotzdem der Dienstleistende krank geworden ist, mit Rat und Tat zur Hand sein. Dazu gehört allerdings eine gewisse Innigkeit des Bandes, welches beide umschliesst, aber dies engere Band ist jetzt nicht mehr das alte patrimoniale Untertanenverhältnis. Im Bürgerlichen Gesetzbuch hat man es „häusliche Gemeinschaft" genannt. Zwischen dem Gesindeherrn und seinen Leuten besteht als wirklich entscheidend das gleiche Charakteristikum. Zwar enthält das ALR. nicht eben diese Worte, aber der ganze Aufbau seines zweiten Teiles, aufsteigend vom engsten Kreis der Familie bis zum Staat als dem weitesten Verbande der Menschen, zeigt uns das Gesinde als eingeschlossen in das häusliche Gemeinwesen; das ist dann durch die Gesindeordnung von 1810 keineswegs geändert worden, vielmehr hat sich dieses Charakteristikum so sehr eingebürgert, dass wir es jetzt als wichtigstes Merkmal zur Abscheidung des Gesindes vom blossen Feldarbeiter oder landwirtschaftlichen Tagelöhner aufzustellen gewohnt sind. So

[1]) Vgl. E. § 89, ALR. 85, GO. 85, BGB. 618 I. Letzteres hat den § der GO. aufgehoben; vgl. Lindenberg, Das preuss. Gesinderecht, 6. Aufl. 1901 S. 85. Unmittelbares Vorbild für BGB. war nicht die GO., sondern § 120 a und c der Gewerbeordnung, Fass. vom 1. Juni 1891; vgl. Prot. II. Lesung, 2 290.

steht zwischen der Zeit, wo den Herrn höchstens der eigene Nutzen dazu trieb, sein menschliches Arbeitsmaterial, die Hofeleute, bei gesunden Kräften zu erhalten, und dem Satz des neuen Reichsrechts: „Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren" (§ 617 BGB. gekürzt), als ein Bindeglied das Gesinderecht an der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert. Übrigens haftet der Krankenfürsorge des Gesindeherrn dieses Wesen als eines Übergangsgebildes noch insofern an, als die Pflichten der Herrschaft eingehender geregelt, weiter ausgedehnt sind als beim allgemeinen Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Denn dieser Unterschied ist aus einer Reminiszenz an die engste Zusammengehörigkeitsform, die patriarchalische, zu erklären, die im Gesinderecht noch nicht gänzlich überwunden ist.

Im einzelnen sind folgende Fälle schon im Entwurf von 1784, dann im ALR. und schliesslich in der jüngsten Gesindeordnung geschieden. Erstens. Wenn sich ein Dienstbote seine Erkrankung „durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben" zugezogen hat, so hat ihm die Herrschaft ohne Abzug vom Lohne Kur und Verpflegung bis zur Genesung, aber nicht über das Ende des ganzen Dienstverhältnisses hinaus zu gewähren. Zweitens. Bei ausserdienstlicher Erkrankung wird billigerweise dem Dienstherrn nur eine mildere Haftung zugemutet; gerade dabei zeigt sich eine patriarchalische Spur. Nur dann nämlich, wenn der Erkrankte keine Verwandten in der Nähe hat, die gesetzlich zu seiner Unterstützung verpflichtet und pekuniär dazu fähig sind, greift ergänzend die väterliche Sorgepflicht des Gutsherrn ein. Auch inhaltlich ist sie beschränkter, denn hier darf der für die Kurkosten verausgabte Betrag in Abzug gebracht werden; wir sahen schon, dass dieser Abzug nach dem Entwurf sich auch auf alten rückständigen Lohn erstrecken konnte, dass aber nach Svarez' Rat ein Zusatz eingeschoben wurde, der nur den laufenden Lohn für verhaftet erklärte (S. 200). Zwischen Entwurf und Landrecht selbst steht

auch noch eine weitere Änderung. Für den Fall einer Weigerung der an erster Stelle pflichtigen Verwandten gab der Entwurf eine Bestimmung nicht. Die Folge wäre gewesen, dass hartherzige Herren ihre ausserdienstlich erkrankten Leute hätten sofort vom Hofe jagen können, ehe diesen anderswo eine private Unterkunft eröffnet worden wäre. Darum fügt das endgültige Gesetz und mit ihm die Gesindeordnung hinzu, dass bei solcher Lage die Herrschaft wenigstens „einstweilen und bis zum Austrage der Sache mit Vorbehalt ihres Rechts" die Fürsorgepflicht zu übernehmen habe. Allerdings ist mit dem Ende des Kontrakts auch in dem zweiten Falle jede Pflicht des Herrn am Endpunkt angelangt; wenigstens die „äussere" Verbindlichkeit, wie das Staatsgesetz jener Aufklärungszeit glaubte sagen zu müssen, um an die weiterreichenden Gesetze der Moral (und damit wiederum an patriarchalisches Sorgen) zu erinnern. Drittens. Auch die Rechtspflicht wird über die Dienstzeit hinaus erstreckt in den besonderen Fällen, da der Dienstbote auf spezielle Weisung die krankheiterzeugende Handlung vorgenommen hat, oder da die Erkrankung geradezu durch Verschulden der Herrschaft veranlasst worden ist. Besteht das letztere gar in einer Misshandlung der Leute ohne ein grobes konkurrierendes Verschulden von ihrer Seite, so ist der Herr zur vollständigen Schadloshaltung nach den allgemeinen Grundsätzen verpflichtet [1]).

Ein wohlgegliedertes System sehen wir derart vor uns, und damit ist in der Hauptsache die Tätigkeit des preussischen Gesetzgebers auf dem Spezialgebiete der Fürsorgepflicht des Gutsherrn für sein Gesinde zum Stillstand gekommen. Hat man auch das, was damals geschaffen wurde, keineswegs kritiklos hingenommen, so ist es doch ein glänzendes Zeichen für die

---

[1]) Entw. §§ 90—97, ALR. und GO. §§ 86—96. Die Krankheit des Gesindes spielt ferner eine Rolle als Auflösungsgrund. Der Dienstbote kann bei schwerer Erkrankung den Dienst ohne Kündigung aufgeben. Dagegen hat die Herrschaft das Recht zu sofortiger Entlassung, wenn das Gesinde sich durch liederliche Aufführung eine ansteckende oder ekelhafte Krankheit zugezogen hat. Auch Schwangerschaft ist Entlassungsgrund. Vgl. §§ 142, 128, 133 GO. Bei Erkrankung des Nebengesindes ordnet § 60 eine gegenseitige Vertretungspflicht an, auch ein Restchen patriarchalischer Wirtschaft, das heute in den Städten kaum noch durchzuführen ist.

Tüchtigkeit der Arbeit von 1784, 1794 und 1810, dass sie entgegen den früheren Jahrhunderten mit ihren ewig wechselnden Gesindeordnungen, das raschlebige neunzehnte Jahrhundert überdauert hat. Mancher Ansturm hat sich gegen das so geschaffene Gesinderecht erhoben, und mancher Stein ist auch vom Bau gelöst worden durch die Hochflut der Gesetze, welche das neue deutsche Reich gezeitigt hat. Aber die Grundmauern stehen noch.

VII.

Diese Dauerhaftigkeit wurde dadurch ermöglicht, dass das Zeitalter des Allgemeinen Landrechts und der Befreiungskriege einen ausgesprochen fortschrittlichen Charakter an sich trug. Der Gesetzgeber war den Anschauungen der interessierten Kreise vorangeeilt und hatte damit auf lange Zeit einen Vorsprung gewonnen. Das wird am besten klar, wenn man sieht, wie die herrschenden Klassen sich keineswegs sofort an die neuen Zustände gewöhnen wollten und von verschiedenen Richtungen her noch mehrere Jahrzehnte lang sich Stimmen des Widerspruchs erhoben. Nicht verkannt soll dabei werden, dass andererseits die plötzlich gewonnenen Freiheiten auch manchen Übermut des Dienstvolks gezeitigt, manche Klage der Herrschaft zu einer mehr als berechtigten gestempelt haben mag.

Ein lebhaftes Zeugnis von der Denkweise, die im ersten Jahrzehnt nach dem Inkrafttreten des Landrechts auf dem Gebiete des Gesindewesens bestand, bildet die Schrift des Königlich Preussischen Geheimen Stiftsrats Brennecke[1]). Sie ist mit nichten ein Meisterwerk. Fast alle Gedanken sind keine neuen, sondern bei anderen älteren Schriftstellern bereits heimisch. Das wird insbesondere auch von den

[1]) Vgl. schon oben S. 192. Geschrieben ist der Aufsatz Breenneckes nach dem Vorwort bereits 1803. Hauptsächlich beeinflusst scheint der Verfasser durch Krünitz und Heinsius. Das Werk des letzteren erwähnt er ausdrücklich S. 49 als Vorbild. Ich selbst konnte kein Exemplar auffinden. Nach einer Mitteilung des Berliner Auskunftsbureaus ist die Schrift in keiner der grösseren Bibliotheken vorhanden. — Zum Folgenden vgl. bei Brennecke S. XII (Kleiderordnung), S. 30 (Züchtig.), 33 ff. (Altersfürsorge), 59 ff. (Brief des Landpred.), 86 (des Ökonomen).

Vorschlägen zu gelten haben, die auf eine Invaliditätsversorgung des Gesindes hinarbeiten. Wir fanden die Anfänge dazu bei Möser, was jetzt noch als neu und moderner hinzukommt, dürfte aus Heinsius entnommen sein. Denn Brennecke selbst zeigt recht geringes Verständnis für Fortschritt und Aufklärung. Er hofft noch, die Putzsucht der Mägde durch eine detaillierte Kleiderordnung zu ersticken. Er tritt sogar für öffentliche Züchtigung unbotmässiger Dienstboten ein, „welches wegen der damit verbundenen Schande gewiss einen grossen Eindruck machen würde". So klingt es denn auch hinsichtlich der Altersfürsorge ganz gut und ganz nach der heutigen Invalidenversicherung, dass allen drei Faktoren, „dem Staate, den Herrschaften und dem Gesinde selbst an möglichster Verbesserung des Gesindes gelegen sein muss" und dass daher „alle vereint" zur Errichtung der geplanten Versicherungsanstalt mitwirken müssten. Aber wie baut das Brennecke aus? Die Beiträge soll das Gesinde allein bezahlen! Will es nicht, dann hat die Herrschaft einzugreifen, aber nicht in ihre eigne Tasche, vielmehr müsse man dann „den sämtlichen Herrschaften von Obrigkeits wegen zur Pflicht machen, diese Abgaben — von dem versprochenen Lohne an den Rendanten alle Vierteljahre zu entrichten". Nur ganz leise und in verschwommenen Ausdrücken wird eine Beitragspflicht des Dienstherrn in Aussicht gestellt, am deutlichsten ist noch der Satz: „Im Falle sich die Herrschaften weigerten, zur Kasse beizusteuern, so würden sie sich vielleicht nicht weigern, zur Erhaltung der erforderlichen Offizianten (Beamten) beizusteuern".

Wie guten Grund der Verfasser zur Zurückhaltung in diesem Punkte hatte, das zeigt der Brief eines Landwirts an ihn, den er mit zum Abdruck bringt. Dieser billigt den Plan der Versicherungsanstalten, ist jedoch gleich eifrig dabei, einer etwaigen Belastung der Herrschaft von vorneherein einen Riegel vorzuschieben. Die Andeutungen Brenneckes veranlassen ihn, ganz kleine Beiträge zu empfehlen, auf dass nicht die Beitragspflicht „direkte oder indirekte" auf die Herrschaft abgeschoben werde. Einen tieferen Blick noch lässt uns das Schreiben eines Landpredigers tun, dem Brennecke ebenfalls seine Projekte vor der Drucklegung unterbreitet hatte. Er hebt in dem Tone an,

der den Gesindeordnungen des 17. Jahrhunderts eigentümlich war, indem er versichert, dass der Klagen „über arglistiges, träges, widerspenstiges und unverschämtes Gesinde auf dem Lande weit mehrere sind als in den Städten"; den Vorschlag, durch öffentliche Institute für den Lebensabend der Dienstboten zu sorgen, lehnt er entschieden ab, die Einwohner des Dorfes „wissen ihre Pflicht gegen Notleidende" und werden den Alten und Kranken schon die nötige Unterstützung zuteil werden lassen; und er schliesst seine im 19. Jahrhundert geschriebenen Zeilen mit den mittelalterlichen Worten: „Gegen Rindviehseuche, Schafräude, Hundswut und dergleichen hat man treffliche Mittel gefunden. Sollte das schleichende und so oft beseufzte Übel des Gesindeunwesens nicht einer ernstlichen Beachtung wert sein?"

Unbeirrt durch solche Stimmungen ist die Regierung den Weg ihres Reformprogramms gegangen. Der Bauer wurde frei, der freie Gesindevertrag gewann damit ganz ausserordentlich an Bedeutung. Wurde doch noch im Jahre 1811 aus Preussen an den Staatskanzler von Hardenberg berichtet, dass an manchen Orten der Gutsbesitzer überhaupt kein Gesinde halte, sondern alle Feldarbeit durch die Dienste seiner Bauern zu bewältigen gewohnt sei[1]. Diese Untertanendienste mussten jetzt verschwinden. An der Spitze steht das Edikt vom 9. Oktober 1807 mit seinen kurzen, schlagenden Sätzen: „Mit der Publikation der gegenwärtigen Verordnung hört das bisherige Untertänigkeitsverhältnis derjenigen Personen und ihrer Weiber und Kinder, welche ihre Bauergüter erblich oder eigentümlich, oder erbzinsweise, oder erbpachtlich besitzen, gänzlich auf". „Mit dem Martinitage 1810 hört alle Gutsuntertänigkeit in Unsern Staaten auf. Nach dem Martinitage gibt es nur freie Leute". Gleichzeitig bedeutete das die Beseitigung des Gesindedienstzwanges für die Untertanenkinder. Noch wenig Wochen zuvor hatte eine Gruppe ostpreussischer Adliger gegenüber der bevorstehenden Bauernbefreiung darauf hingearbeitet, gegen die Freiwerdenden wenigstens noch dieses seltsame Mittel eines

[1] Vgl. G. F. Knapps grundlegendes Werk: Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter in den älteren Teilen Preussens, Leipzig 1887 S. 270 f.

erzwungenen Gesindevertrages zu verwenden: In einer neuen Gesindeordnung sollte festgelegt werden, dass jeder vor dem Abzug zwei Jahre als Junge oder Mädchen und weitere drei Jahre als Knecht oder Magd zu dienen habe. Aber der Staatsminister erwidert auf diese Eingabe kurzerhand, dass „der vorgeschlagene Dienstzwang auf eine neue temporäre Untertänigkeit hinauslaufen würde, und also nicht stattfinden könne". Für die besonders verwickelten Verhältnisse in Schlesien ergeht sogar ein eigenes Publikandum am 8. April 1809, das ausdrücklich für aufgehoben erklärt „das Recht des Gutsherrn zu verlangen, dass alle Kinder der seitherigen Untertanen drei Jahre lang gegen das Zwangsgesindelohn auf dem herrschaftlichen Hofe dienen" [1]).

So verschwindet die Untertänigkeit und damit diejenige Fürsorgepflicht der Herrschaft, die dem Landrechtstitel vom Bauernstande einverleibt war (vgl. oben S. 202). Aber die andere Art der Fürsorgepflicht, die das Landrecht nur dem städtischen Dienstboten zugesprochen hatte, insbesondere das vorgehend geschilderte System der Krankheitssorge, rückt mit seinen weit günstigeren Bedingungen an die Stelle, denn die jüngste Gesindeordnung von 1810 gilt, wie schon erwähnt, in gleicher Weise für Stadt und Land.

Erneut regt sich der Widerspruch. Wie schwierig die Bauernbefreiung durchzuführen war, ist zur Genüge bekannt [2]). Auf dem Parallelgebiet des neuen Gesinderechts ging auch nicht alles nach Wunsch. Bald werden Änderungen des Gesetzes verlangt, bald seine Auslegung in möglichst rückschlagendem Sinne versucht.

So beantragt die ökonomische Gesellschaft zu Bedra eine erhebliche Umgestaltung der Krankenfürsorge nach folgenden Grundsätzen: 1. Falls der Dienstbote sich die Krankheit „bei Verrichtung der nach Vertrag und Ortsgebrauch ihm obliegenden gewöhnlichen Dienste" zugezogen hat, haftet die Herrschaft

---

[1]) Vgl. Knapp II S. 159 Ziff. 5, 161 oben, 175 b und d, auch 171; I S. 130 f.

[2]) Bei Knapp vor allem II S. 270 ff., 398 ff., 402 ff., I S. 147 ff. Vgl. auch Bornhak, Preuss. Staats- und Rechtsgeschichte, 1903 S. 329, 368 f. und in Preuss. Jahrbüch. 61, 278 ff.

nur, wenn die Erkrankung „durch ihre Schuld“ entstanden ist. Überdies ist das Gesinde für das Vorliegen der Schuld beweispflichtig. [Dagegen legt die Gesindeordnung bei dienstlicher Erkrankung dem Herrn ohne weiteres Kur und Pflege auf und verschärft dies für den Fall des Verschuldens (oben S. 207)]. 2. Nur, wenn es sich um eine Krankheit handelt, die sich der Dienende „durch Verrichtung von ausnahmsweise verlangten mehreren schweren oder ausserordentlichen Diensten zugezogen hat, haftet die Herrschaft auch beim Fehlen einer Verschuldung. [Nach der Gesindeordnung ist dies ebenfalls ein Fall qualifizierter Haftung.] 3. In jedem Falle aber kann die Herrschaft ihre Auslagen auf Heller und Pfennig erstattet verlangen, ist also der Selbsthaftung ledig, wenn der Dienstbote „durch eigene Schuld“ erkrankt ist. Ja er muss dann sogar „seine gewöhnlichen Dienste, wie sie nach dem Dienstvertrage und nach Ortsgewohnheit ihm obliegen, auf seine eigenen Kosten verrichten lassen“. Jede Schuld, auch geringes Versehen des Gesindes, raubt ihm danach seine Ansprüche. [Die Gesindeordnung schweigt über das Problem des konkurrierenden Verschuldens, hat aber keinesfalls eine solche Konkurrenz gewollt.]

Der Revisionsminister von Kamptz (1832 bis 1842) lehnte diesen Antrag ohne näheres Eingehen ab und bestätigte damit erneut das fortschrittliche Programm der Regierung[1]. Dieses kommt auch noch anderweit zur Erscheinung. Wiederholt wird auf eine gesundere Anlage der Gesindehäuser und sogenannten Arbeiterkasernen der grösseren Güter gedrungen, ihr baulicher Zustand soll gebessert, die Feuchtigkeit beseitigt, die dumpfe Luft durch geeignete Ventilation bekämpft und für den Ausbruch von Epidemien ein besonderer heizbarer Raum zur Aufnahme des kranken Gesindes vorgesehen werden. In diesem Sinne ergehen z. B. für Schlesien Verordnungen im Jahre 1820, 1831 und 1857[2]. Ferner wird in Grossstädten die Begründung besonderer öffentlicher Krankenanstalten für die Dienstboten

[1]) Vgl. Rönne a. a. O. S. 383 rechts a. E.

[2]) Verordn. v. 6. Jan. 1820 für Breslau (Amtsblatt der Kgl. Regierung zu Breslau S. 5), v. 5. Febr. 1820 für Oppeln (Amtsblatt der Kgl. Regierung zu Oppeln S. 50); Bekanntmachung v. 21. Jan. 1831 (A. d. Kgl. R. z. Br. S. 28); Verordn. v. 1. April 1857 (eod. Jahrg. 1857 S. 118).

befördert[1]). Vor allem aber füllt das Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dezember 1842, das Vorbild des heutigen Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz, diejenige Lücke aus, welche in der Fürsorge für hilfsbedürftiges Gesinde nach der Gesindeordnung von 1810 noch geblieben war. Auch da, wo letztere die fast ganz privatrechtlich gewordene Pflegepflicht des Gutsherrn aufhören lässt, wird nunmehr durch öffentliches Recht systematisch für den kranken Knecht, die hilflose Magd gesorgt, und auch die Witwen und Waisen (§§ 17 ff.) werden in fürsorgenden Schutz genommen. Bei den Beratungen des Gesetzes wurden die Grenzen der bisherigen Fürsorgepflicht des Gesindeherrn erneut geprüft (vgl. § 1 des Ges.). Das Gesetz selbst kann ihn ebenfalls treffen, aber nicht in seiner privaten Rolle als Gesindeherr, sondern nur als den Vertreter eines selbständigen Gutsbezirks; denn neben den Gemeinden stehen nach dem Armengesetz als Träger der öffentlichen Fürsorgepflicht diejenigen Gutsherrschaften, „deren Güter nicht im Gemeindeverbande sich befinden“ (§§ 5, 32)[2]).

Ein Beispiel des Versuchs, im Wege der Gesetzesauslegung die neu geschaffene Lage des ländlichen Gesindes wieder einzuengen, bilden die Bestrebungen nach Beibehaltung des alten Züchtigungsrechts. Schon vor der Übertragung des modernen Gesinderechts auch auf die landwirtschaftlichen Dienstleute durch die Ordnung von 1810 beabsichtigte der König eine Milderung der Zuchtgewalt, da diese sich noch nach dem Anhang zum Landrecht im Gebrauch der Lederpeitsche zeigen durfte. Doch entschloss er sich auf Rat des Staatsministers Grafen zu Dohna und des Grosskanzlers Beyme davon Abstand zu nehmen und erliess daher 1809 an die Genannten die Kabinettsordre: „Ich genehmige hierdurch Euren Antrag, die von Mir beabsichtigte Einschränkung des Züchtigungsrechts der Gutsherrschaft noch so lange auszu-

[1]) Kab.-O. v. 9. Aug. 1827 (v. Kamptz, Annalen, Bd. 11 S. 697 f.).

[2]) Gesetzsammlung Jahrg. 1843 S. 8—14. Ferner Ergänzungsgesetz v. 21. Mai 1855 Art. 5 (GS. S. 313) nebst Zirkularerlass v. 24. April 1856 (Min.-Bl. d. inn. Verw. 1856 S. 125). — Über die Beratung des Entwurfs und sein Verhältnis zur Ges.-O. vgl. Rönne a. a. O. S. 384 links.

setzen, bis eine bessere Polizei auf dem Lande eingeführt ist und gewärtige alsdann Eure weiteren Anträge"[1]). Diese Schlussworte sind dann benutzt worden, um ungeachtet der inzwischen erlassenen allgemeinen Gesindeordnung auch fernerhin das Züchtigungsrecht zu erhalten. Sogar der Justizminister von Kircheisen schliesst sich dem in einem Schreiben von 1812 an, indem er auf eine Anfrage des Oberlandesgerichts zu Glogau erwidert: „Da die weiteren Anträge ..... noch nicht erfolgt sind und die Gesindeordnung vom 8. November 1810 in Beziehung auf das ALR. nur an die Stelle der Anordnungen T. II Tit. 5 §§ 1—176 getreten ist, so erledigen sich durch die mitgeteilte Kabinettsordre die von dem Königlichen Oberlandesgericht aufgestellten Zweifel"[2]). Erst 1832 tritt ein Umschwung ein, und übereinstimmend erklären ein Reskript des Justizministers und ein Reskript des Ministers für Inneres und Polizei, dass nach dem bestimmten Wortlaut im Eingang der Gesindeordnung das Züchtigungsrecht nach Landrecht aufgehoben sei und jedes Vorgehen der Herrschaft gegen ihre Leute höchstens im Rahmen des § 77 der Gesindeordnung entschuldigt werden könne[3]).

Nun wurde der weitere Versuch gemacht, da das ALR. verschlossen war, auf polizeilichem Wege eine Verschärfung über diesen § 77 hinaus zu ermöglichen. Auch hier ging man bis zum Minister hinauf. Aber dieser verhielt sich gleichfalls ablehnend gegenüber solcher Interpretation; er bestätigte durch Reskript vom 7. November 1833 den Bescheid, den die Königliche Regierung zu Posen als zweite Instanz dahin erlassen hatte, „dass die Zuwiderhandlungen des Gesindes gegen die Gesindeordnung vom 8. November 1810 nur nach den Strafbestimmungen abgeurtheilt werden dürfen, welche in diesem Gesetze selbst vorgeschrieben sind und dass wir keine Befugnis haben, diese Strafbestimmungen entweder zu verschärfen oder

[1]) KO. v. 7. Nov. 1809 (v. Kamptz, Jahrbücher f. d. pr. Gesetzgebung u. Rechtsverwalt., I S. 281).

[2]) Abgedr. bei C. Th. E. Heinze, Die Preuss. GO., 5. Aufl. Liegnitz 1833 S. 46 f.

[3]) R. v. 9. Nov. 1832 (Jahrb. XL S. 418), R. v. 26. Nov. 1832 (v. Kamptz, Annalen XVI S. 973). Über § 77 GO. vgl. oben S. 203 a. E.

durch Polizeistrafen ersetzen zu lassen"[1]). Etwas über 20 Jahre später ergeht allerdings das bekannte Gesindestrafgesetz vom 24. April 1854, aber es baut sich bereits durchaus auf dem Gedanken des staatlichen Strafrechts auf und ist in keiner Weise als ein gesetzlicher Rückhalt für ein Züchtigungsrecht des Dienstherrn aufzufassen; daran ändert auch die Abhängigkeit von einem Antrag der Herrschaft nichts, denn die Idee des Antragsdelikts ist selbständig erwachsen, nicht etwa auf dem Boden patriarchalischer Wirtschaft[2]).

So sehen wir, wie aller Widerstand gegen die neue Regelung der Gesindefürsorge bereits in der ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts gebrochen wird. Streitfragen bleiben freilich darüber hinaus und haben sich zum Teil bis auf den heutigen Tag erhalten, so über die rechtliche Konstruktion des eben erörterten § 77, über die Bedeutung des konkurrierenden Verschuldens bei der Krankenfürsorge, über die Grenzen des Lohnabzugs bei der Verpflegung eines ausserdienstlich Erkrankten. Aber diese Kontroversen tragen nicht mehr das Merkmal eines grossen wirtschaftlichen Kampfes, sie sind niedergesunken auf das Niveau der Einzelstreitfragen, jede für sich allein bestehend, ohne Zusammenhang mit einer sie alle gemeinsam beherrschenden Grundidee, wie eine solche in der ersten Hälfte des verflossenen Jahrhunderts immerhin noch zu spüren war.

VIII.

Dagegen bringt die zweite Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts eine Fülle neuer Probleme. Zwei grosse Gesetzgebungswerke sind mit der alten Gesindeordnung von 1810 in Konkurrenz getreten, das Bürgerliche Gesetzbuch und die

[1]) Vgl. v. Kamptz, Annalen XVII S. 1000. Auch noch in anderer Hinsicht gewinnt der strenge Anschluss an den Wortlaut des § 77 die Oberhand. Es war die Frage aufgetaucht, ob das der Herrschaft gewährte Recht auf die Familienangehörigen oder auf Wirtschaftsvorsteher zu übertragen sei. Das Obertribunal verneinte in wiederholten Entscheidungen. Vgl. Goltdammers Archiv I S. 572, II S. 543, III S. 255.

[2]) Ges. v. 24. April 1854, betr. die Verletzungen der Dienstpflichten des Gesindes und der ländlichen Arbeiter (GS. S. 214 ff.).

Gruppe der Versicherungsgesetze. Beide lassen das Gesinderecht sein eigenes Leben weiterführen, namentlich auch das Bürgerliche Gesetzbuch, aber gerade darum erwachsen Schwierigkeiten [1]).

Am wenigsten auf dem Gebiete der Invalidenversicherung. Denn wenn auch deren Grundgedanken gerade im Rahmen des Gesindewesens zum ersten Male aufgetaucht sein dürften (vgl. S. 191, 210), ist es doch zu einem gesetzlichen Niederschlag in den Gesindeordnungen, insbesondere auch der letzten vom Jahre 1810, nicht gekommen, und darum fehlt es an einer Konkurrenz zwischen dem allgemeinen Versicherungsgesetz und der speziellen Ordnung für einen einzelnen Stand. Dementsprechend belastet die Invalidenversicherung auch nicht den Gutsherrn als den Herrn des Gesindes, sondern als Arbeitgeber schlechthin.

Im Rahmen der Fürsorge für einen Unfall treffen dagegen alle drei Gesetze zusammen; die Gesindeordnung mit ihrem System der Krankheitspflege, welche natürlich die Erkrankung durch Unfälle mit umfasst; das Bürgerliche Gesetzbuch mit seinen sozialen Regeln für den Dienstvertrag, welche gefahrlose Einrichtung der Arbeitsräume und Gerätschaften zur Verhütung von Unfällen anbefehlen, mit seiner Haftung für Tierschaden und seinem allgemeinen Grundsatz über konkurrierendes Verschulden; die Versicherungsgesetzgebung in ihrem eigenen Gesetz für die „in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen". Doch haben sich nennenswerte Kollisionen zwischen diesen verschiedenen Fürsorgebestrebungen nicht ergeben, die Abscheidung der drei Gesetze vollzieht sich im grossen und ganzen leicht.

Im Gegensatz dazu herrscht völlige Verwirrung für die Lage bei gewöhnlicher, nicht durch Unfall gezeitigter Krankheit. Die Krankenversicherung ist freilich für das Gesinde noch nicht obligatorisch geworden, aber sie ist doch zugelassen [2]), und wo ein Dienstbote von diesem Rechte Gebrauch macht

---

[1]) Vgl. Art. 95 EG. z. BGB. Daneben treffen noch andere Gesetze mit der Gesindeordnung zusammen. So ist es z. B. bis jetzt umstritten, ob der § 77 GO. durch die neuen Strafgesetzbücher Preussens und des Deutschen Reichs beseitigt ist oder nicht.

[2]) Vgl. Krankenversicherungsgesetz i. d. Fassung v. 10. April 1892 § 4 Abs. II (RGBl. S. 421).

und der Versicherung beitritt, entstehen sogleich eine Reihe schwieriger Fragen, namentlich über die Abrechnung zwischen Herrschaft und Kasse und über die Rechtsbeständigkeit von Verträgen, welche die Beitragszahlung teilweise dem Gesinde, teilweise dem Herrn auferlegen. Die grösste Schwierigkeit liegt aber in dem Verhältnis der Gesindeordnung zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Es ist nämlich durch den Art. 95 des Einführungsgesetzes nicht etwa das Gesinderecht in seiner völligen Reinheit erhalten worden, vielmehr hat man aus den Paragraphen, welche im Bürgerlichen Gesetzbuch den allgemeinen Typus des „Dienstvertrages" regeln, einen Strauss der wichtigsten herausgenommen und erklärt, dass diese Sätze auch auf den besonderen Typus des Gesindevertrages angewendet werden sollen. Darunter befindet sich der § 617, der zwar in seinen Wurzeln auf die Krankheitsfürsorge des Gesinderechts zurückreicht (vgl. S. 206 f.), aber in seiner endgültigen Gestalt doch manche Abweichung zeigt. Seine Herübernahme wäre nicht gefährlich, wenn man ohne weiteres bestimmt hätte, dass er an die Stelle des entsprechenden Gesindeordnungsparagraphen treten solle. Dem ist aber nicht so. Vielmehr wurde noch in letzter Stunde, durch den Reichstag, der Zusatz eingeschoben, dass der § 617 im Gesinderecht nur insoweit gelte, „als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewähren".

Bei der Prüfung dieser Worte heben die Verwickelungen damit an, dass die altpreussische Gesindeordnung selbst schon, wie oben ausgeführt, verschiedene Abstufungen der Fürsorgepflicht kennt, dienstliche und ausserdienstliche Erkrankung, Schuld des Herrn und Schuld des Gesindes. Ist nun die Abwägung der grösseren oder geringeren Tragweite des § 617 jedem einzelnen Tatbestande gegenüber vorzunehmen oder ist eine Gesamtwertung des ganzen Systems der Landesgesindeordnung gegenüber dem Reichsrecht am Platze? Wie die Antwort fällt, in jedem Falle treten noch weitere Komplikationen hinzu. Denn auch dem einzelnen Tatbestande gegenüber ist ein sicherer Massstab für jene Abwägung im Gesetze selber nicht zu finden, weil in der einen Richtung die Gesindeordnung, in der anderen wieder das Bürgerliche Gesetzbuch „weiter" geht.

Am schärfsten tritt das bei dem Falle der ausserdienstlichen Erkrankung hervor. Die Gesindeordnung lässt die Herrschaft nur dann haften, wenn keine nahen Verwandten des Dienstboten erreichbar sind; der § 617 BGB. kennt eine solche Beschränkung nicht, geht also in dieser Richtung weiter. — Andererseits besteht der Unterschied, dass nach der Gesindeordnung eine zeitliche Begrenzung der Fürsorgepflicht fehlt, während das BGB. nur sechs Wochen lang haften lässt, in dieser Richtung also enger ist. Dazu kommt, dass manche Schriftsteller im Punkte der Schuld des Dienstboten bei der ausserdienstlichen Erkrankung (im Gegensatz zur dienstlichen) sehr milde denken: es soll diese ergänzende, nur beim Fehlen von Verwandten eintretende Fürsorge selbst bei grober Fahrlässigkeit und bei Vorsatz gegeben sein; nach § 617 BGB. fällt aber in solchem Falle jeder Anspruch weg, so dass er enger erscheint als die Gesindeordnung. Andere Schriftsteller dagegen behandeln die Frage des Verschuldens bei den nicht im Dienst entstandenen Leiden ebenso wie bei den dienstlichen, indem sie schon bei leichter Verfehlung des Gesindes jede Haftung fortfallen lassen, dann aber gewinnt das BGB. wieder den Ruhm der grösseren „Weite", weil nach ihm nur grobe Fahrlässigkeit den Erkrankten seiner Ansprüche beraubt. Schliesslich kommt eine letzte Verwickelung dadurch hinzu, dass von der einen Seite behauptet wird, die Herrschaft könne, wenn sich ihre ausserdienstliche Haftung auf der Gesindeordnung aufbaue, dem Dienstboten nicht bloss den Lohn verkürzen, wie es bei Zugrundelegung des Bürgerlichen Gesetzbuches der Fall wäre, sondern wegen seiner ganzen Auslagen an dem etwaigen Privatvermögen des Gesindes Rückgriff nehmen. Andere bestreiten dies. Je nachdem man antwortet, erscheint von neuem das Bürgerliche Gesetzbuch weiter oder enger als die Gesindeordnung.

Auch hier begegnet uns die gleiche grosse Frage, ob man den Gesamtwert der Fürsorge nach Reichsrecht dem Gesamtwert der Sorge nach Landesrecht gegenüberstellen oder etwa aus beiden Gesetzen die jeweils günstigeren Momente herausnehmen und zusammenfügen, die weniger günstigen ganz beiseite lassen soll. Sicher lässt sich die Frage nicht kurzerhand

beantworten, es fehlt an ähnlichen Lagen im geltenden Recht, es fehlt nicht minder an einem historischen Zusammenhang.

Darum ist auch diese Schilderung nicht berufen, einen Versuch der Lösung zu unternehmen [1]). Es genügt ihr, gezeigt zu haben, wie die Fürsorgepflicht des Gutsherrn für sein Gesinde unter schweren Kämpfen den heutigen Stand erreicht und wie die grosse neue Gesetzgebung vom 1. Januar 1900 gerade durch den vielumstrittenen Zusatz des Einführungsgesetzes am besten die Tendenz unserer Tage wiedergegeben hat: Für das Gesinde so günstig wie möglich!

Ob diese Richtung im geltenden Recht ihr Ideal bereits erreicht hat, ob sie noch weiter gedeihen wird oder ob die leisen Stimmen derer wachsen werden, die schon jetzt von einer Überspannung der sozialen Fürsorgebestrebungen, namentlich des Systems erzwungener Versicherung, reden, bleibe dahingestellt. Immer wird hoch erhaben sein über das Gesetzeswort die Stimme des Herzens, die den Herrn dem Dienenden näher bringt und ein beiderseitiges Treueverhältnis bis zum Tode begründet. Noch ist unsere hastende, geschäftliche Zeit nicht gänzlich solcher Beispiele bar, und wir blicken mit Freude zu dem Manne auf, dem diese Festschrift gewidmet ist und der seiner jahrzehntelangen Dienerin nachblicken konnte in das Jenseits mit den schönen Worten:

„Wer immerdar gelebt in Treuen,
Der mag sich dess' im Tode freuen:
Die guten Werke ziehn vorauf
Und tun das Tor des Himmels auf".

[1]) Doch hofft der Verfasser späterhin das geltende Recht in einer selbständigen Schrift darstellen zu können.

Dogmengeschichte

der Arten

mittelalterlicher Ehrenminderungen

von

Hubert Naendrup

§ 1.

Einleitung.

„Ein Quidam sagt: „Ich bin von keiner Schule!
Kein Meister lebt, mit dem ich buhle;
Auch bin ich weit davon entfernt,
Dass ich von Toten was gelernt".
Das heisst, wenn ich ihn recht verstand:
„Ich bin ein Narr auf eigne Hand".

Goethe.

Nur auf der Grundlage geschichtlicher Forschung lässt sich volles Verständnis der Erscheinungen der Gegenwart und ihre richtige Weiterleitung in die Zukunft erreichen. Verschieden hiervon, aber merkwürdigerweise in seiner anderen Bedeutung nicht immer richtig erfasst ist der Grundsatz, dass jede Mühe, die der Erkenntnis des Vergangenen oder Modernen oder der Aufweisung einer Notwendigkeit von Neugestaltungen zugewandt wird, nicht isolierte Einzelleistung sein soll, sondern sich hinzufügen muss zu der zunächst festzustellenden Summe von Geistesarbeit, die dem betreffenden Problem vorher bereits gewidmet war. Wer diesen Grundsatz, den ich als das Prinzip der sukzessiv-genossenschaftlichen Arbeit bezeichnen möchte, nicht beachtet, wird viel Kraft vergeuden, wird meist entweder Irrpfade, die als solche längst erkannt sind, wieder gehen oder auf dem richtigen Wege offene Tore einrennen. In den seltensten Fällen wird es ihm hier gelingen, in unaufgeschlossenes Neuland vorzudringen.

Vorbedingung für die Feststellung der bisherigen Leistungssumme, unter Umständen von dieser Feststellung kaum verschieden ist die auf juristischem Gebiete sogenannte Dogmengeschichte. Gewöhnlich wird man sie mit der eigenen Behandlung des Problems verbinden. In Ansehung der Arten der mittelalterlichen Ehrenminderungen darf sie aber um so mehr

selbständige Bedeutung beanspruchen, je schwieriger hier die Überschau über die bisher geäusserten Meinungen und damit die Feststellung der vorliegenden Gesamtleistung geworden ist. In Folgendem soll diese Überschau geboten werden.

Das Problem, welches ich im Auge habe, knüpft sich an die Ausdrücke, welche in den mittelalterlichen Quellen als Bezeichnungen für Ehrenminderungen begegnen. In Betracht kommen unter anderen die Worte: Echtlos, rechtlos, ehrlos, unecht, bescholten. Es handelt sich um die Deutung der hiermit verbundenen Begriffe.

I. Abschnitt.

Die Literatur vor Eichhorn.

§ 2.

Die Literatur vor Huth.

Die rechtsgeschichtliche Literatur, die sich mit dieser Aufgabe beschäftigt hat, wird eigentlich erst eingeleitet durch Philipp Ludwig Huths ‚Specimen iur. Germ. de his, qui notantur infamia', Altdorf 1723.

Wohl hatte man schon vorher auch bezüglich der Ehre neben dem fremden Rechte der einheimischen Auffassung wieder Beachtung geschenkt. In einer im Jahre 1591 zu Basel gedruckten Abhandlung ‚De existimatione acquirenda, conservanda et amittenda' hatte bereits der vielseitige Marquard Freher [1]), später Heidelberger Professor und Staatsmann (geb. 1565 gest. 1614), trotz seiner feinen, auch in jener Schrift zur Schau getragenen humanistischen Bildung [2]) es nicht verschmäht, auch

---

[1]) Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1. Abt. S. 680—682.

[2]) Zacharias Schmidt hat in seiner unter dem Präsidium von Thomasius im Jahre 1709 verteidigten Hallenser Dissertation (De existimatione, fama et infamia extra rem publicam) die Methode Frehers in der erwähnten Schrift folgendermassen gekennzeichnet: ‚pro gustu communi ICtorum, studia humaniora et elegantiora rarius ex debito aestimantium, methodus Freheriana, ubique dicta ex auctoribus elegantioris litteraturae illustrans'.

das deutsche Recht zu berücksichtigen. Das Buch selbst ist mir leider innerhalb der Zeit, die mir für diese Arbeit zur Verfügung stand, trotz der verschiedensten Bemühungen unzugänglich geblieben. Nach den in der späteren Literatur darüber sich findenden Mitteilungen scheint Freher nicht so sehr dem älteren heimischen Ehrenrecht, als vielmehr den zu seiner Zeit noch sich geltend machenden bezüglichen deutschen Bräuchen seine Aufmerksamkeit zugewandt zu haben [3]), wennschon gerade er mit Melchior Goldast (geb. 1576 oder 1578 gest. 1635) und Friedrich Lindenbrog (1575—1648) das juristische Dreigestirn bildete, welches den historisch-germanistischen Studien zu neuen Wegen vorleuchtete [4]).

Freher scheint das deutsche Ehrenrecht seiner Zeit nur von römischen Rechtes Gnaden haben gelten lassen wollen [5]). Mag man demnächst ihm hierin gefolgt sein [6]) oder mag man

[3]) Huth in seiner oben angeführten Dissertation p. 3 sagt im unmittelbaren Anschluss an die Äusserung seines Entschlusses, sich der Materie des älteren deutschen Ehrenrechtes zuzuwenden: ‚Valere igitur aliquantisper iusso Iure Romano, utpote cuius de Fama atque Infamia placita peculiari Tractatu de Existimatione acquirenda pp. fuse exponit ICtus celeberrimus Marquardus Freherus‘. Ein eingehenderes Referat über das genannte Werk Frehers und zugleich über dessen andere Schrift De fama (ebenfalls Basel 1591) bringt Hübner, Über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien, Leipzig 1800 S. 2 ff. Von beiden heisst es hier allgemein: „Sie enthalten eine brauchbare, obschon unmethodische und ungeordnete Sammlung dessen, was besonders die älteren Weisen, Griechen und Römer, über diesen Gegenstand dachten“.

[4]) Vgl. Stintzing a. a. O. Abt. I S. 662 f. u. 681.

[5]) Vgl. die in Anm. 3 mitgeteilte Bemerkung Huths; vgl. ferner die folgende Anm.

[6]) Indem man z. B. die mindere Ehrenstellung der unehelichen Kinder oder derjenigen, die ein anrüchiges Gewerbe ausübten, unter den Begriff einer aus den römischen Quellen (l. 27 C de inofficioso testamento 3, 28) hervorgesuchten levis notae macula brachte [hierfür zitiert übrigens Struve, Syntagma (vgl. unten Anm. 9) p. 221, desgl. Iurisprudentia (vgl. unten Anm. 9) p. 65: Freher tractatus de inf. lib. 3 c. 24], indem man ferner die Anrüchigkeit der unehelichen Kinder auf l. 5 C ad. Sct. Orf. 6, 57, l. 12 C de naturalibus liberis 5, 27, die Fernhaltung der Anrüchigen von Ehrenämtern sowie ihre Ausschliessung von den Zünften auf l. 3 §§ 2 f. de decurionibus 50, 2, die Beschränkung ihrer Zeugnisfähigkeit auf l. 3 pr. D de testibus 22, 5 gründete; vgl. Struve, Syntagma p. 221 ad. tit. D 3, 2 § 20, Lauterbach, Collegium Pandectarum (vgl. unten A. 11) p. 280 ad. tit. D 3, 2 § 32.

allmählich dem Gedanken näher gekommen sein, dass den in der praktischen Anwendung sich behauptenden bzw. statutarisch sanktionierten deutschen Ehrenrechtsbräuchen selbständige Existenzberechtigung zukomme [7]) oder mag man

[7]) In diesem Übergangsstadium befindet sich z. B. durchaus Joh. Heinr. Berger in seiner Oeconomia iuris (unten Anm. 13) p. 49 ff. Lib. I tit. II §§ 13 ff., insbesondere § 14. Namentlich ist p. 53 mit p. 52 zu vergl.; auf p. 53 macht er die Ansicht derjenigen zu seiner eigenen, qui putent, moribus Germanicis, toties famae reservationem factam intelligi, quoties infamia expresse, aut lege statutaria, aut sententia, non irrogatur: quae sententia inprimis in Academiis usu servatur; auf p. 52 leitet er dagegen als Folgen des Ehrverlustes (der Infamie) aus den römischen Quellen her die labefactatio testimonii und die remotio a dignitate. Mit letzterer stellt er auf dieselbe Stufe die exclusio ab opificiis.

Um einen Schritt weiter als Berger ist Samuel Stryk in seinem Specimen usus moderni Pand. (vgl. unten Anm. 16) vorgeschritten. Ganz hat er sich zwar von der Überordnung des römischen Rechts noch nicht losgesagt. Die bekannte Definition des Callistratus: ‚existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus‘ hat er noch a. a. O. p. 314 f. an die Spitze stellen zu müssen geglaubt, um dann allerdings von diesem Ausgangspunkte zu dem Ergebnis gelangen zu können: ‚Quod olim turpe reputatum contraria lege vel consuetudine ab infamiae macula liberari posse. Qua propter in aestimanda negotii macula aut turpitudine ad mores provinciarum praecipue recurrendum et exinde infamia diiudicanda‘.

Völlig zum Durchbruch gelangt erscheint der Gedanke der Selbständigkeit des deutschen Ehrenrechts bei Schilter. Charakteristisch ist, was er in seiner Praxis Iuris Romani in foro Germ. (vgl. unten S. 228 f.) Tom I p. 333 mit Bezug auf den Vorbehalt der Ehre sagt, der bei gewissen nach römischem Recht infamierenden Verurteilungen üblich geworden war. Es heisst hier (exerc. 10 § 36): ‚Quae penitiori ratione confirmari possunt ea, quod hodie omnes poenae recte dicuntur arbitrariae, non quidem eo tantum modo, quo iure Romano iuxta l. hodie D de poenis. Sed tres potissimum aetates in hoc articulo iuris observandae sunt, quarum priores ad ius Romanum, posterior ad ius nostrum pertinet. Romanorum enim veteri iure praecise iudex poenam lege praescriptam imponere tenebatur; postea a rigore illo recesserunt, et iudici poenam et augere et minuere certo modo permiserunt, quo pertinet d. l. hodie. At nostris moribus poenae iure Romano statutae nostris iudicibus nunquam praescriptae intelliguntur‘. Über die eventuelle Vordatierung dieser Ausführungen Schilters vor die Strykschen Sätze vgl. unten Anm. 18. Vgl. ferner Schilter a. a. O. Tom I p. 326 (exerc. 10 § 25), p. 332 (exerc. 10 § 35), Tom II p. 249 (exerc. 23 § 9), p. 357 (exerc. 28 § 50).

Aus einem Zitat Schilters a. a. O. Tom I p. 332 geht übrigens hervor, dass schon Simon von Groenwegen die Meinung vertrat, „hodiernis moribus

sie aus einem übernationalen Gesichtspunkte anerkannt haben, nämlich insoweit sie vor dem Billigkeitsforum des Naturrechts bestehen konnten [8]), jedenfalls lag solange unser Problem ausserhalb des Bereiches der Erschaubarkeit, als man sich eben nicht mit dem älteren, sondern nur mit geltendem deutschen Rechte, mit dem usus modernus in diesem Sinne, befasste. Darum gehören beispielsweise nicht hierher die mehr oder weniger dürftigen Bemerkungen, die sich über diesen usus modernus des deutschen Ehrenrechtes finden in den Pandektenkommentaren oder -Kompendien von Struve (1619—1652) [9]), Brunnemann

nullum civile iudicium famosum esse, nisi speciatim id receptum appareat". Schilter billigt dieselbe.

Viel allgemeiner und bestimmter hat sich aber für die selbständige Bedeutung des deutschen Ehrenrechtes Christian Thomasius ausgesprochen. In seinen Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos Halle 1713 heisst es ad. tit. D 3, 2: ‚. . . . . patet, exiguum esse usum huius tituli quoad causas et effectus infamiae in foris Germanorum. Hinc apud nos in scenam prodeuntes, foeminae intra annum luctus nubentes, milites praedia conducentes, tutores pupillas conducentes non redditis rationibus, non sunt infames . . . . Sed frustra est quaerere de abrogationis ratione, ubi nondum probata receptio ac nulla receptionis ratio afferri potest ad mores Germanorum quadrans. Porro nulla actio civilis infamat. Neque omnes damnati de crimine publica aut iniuriarum apud nos pro infamibus haberi solent, nisi expresse in sententia id adiiciatur, aut genus poenae infamet'. Hierzu verweist er auf Beyer ad h. t. (jedenfalls Georg Beyer, Delineatio iuris civilis secundum Pand. 1704 oder Delineatio iur. civ. sec. Inst. et Pand. atque feudalis 1711).

Nur derogierende Kraft gegenüber dem römischen Recht der Infamie und zwar nicht so sehr für die einheimischen Gewohnheiten als vielmehr für die Statuten hatte der Holländer Ulrich Huber zugebilligt. In den Praelectionum iur. civ. tom III Pars II (vgl. unten Anm. 15) p. 656 sagt er: ‚Quid Moribus de infamia in universum obtineat, haud facile dictu videtur. Mihi tutius videtur habere pro Regula, quod iure civili constitutum, neque statutis abrogatum est, id hodieque valere'.

[8]) Auf diesem Standpunkte steht z. B. Brunnemann, Commentarius (vgl. unten Anm. 10) p. 108 ff. Kennzeichnend ist hier unter anderem der Satz p. 108: Utile esset, si opificum statuta, quae contra ius gentium interdum pugnant, a Superioribus reviderentur et emendarentur, et stultae opiniones hominum mentibus eximerentur.

[9]) Georg Adam Struve, Syntagma Iuris Civilis, Jena 1672, 5. Ausg. p. 219 ff., ad tit. D 3, 2 (1. Ausg. 1658); Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis (der sog. „kleine Struv"), Jena 1679, 3. Ausg. p. 65 lib. I 13 §§ 8 und 9 (1. Ausg. 1670).

(1608—1672)[10], Lauterbach (1618—1678)[11], Ludovici (1671—1723)[12], Berger (1657—1732)[13], Boehmer (1674 bis 1749)[14][15].

Von ihnen allen hat Berger das deutsche Ehrenrecht, wenn auch eigentlich nur, insoweit es sächsiches war, am meisten berücksichtigt. Und doch ist er von unserem Problem noch weiter entfernt geblieben, als Samuel Stryk (1640—1710), der in seinem ‚Specimen usus moderni Pandektarum' (1. Ausg. 1690) mit Bezug auf Tit. 38 der Reichspolizeiordnung von 1577 sagt: ‚ubi antiqui Germanorum mores, quibus aliqui ab opificiis honestis excludebantur, corriguntur'[16], was man ohne weiteres als einen zum mindesten sehr primitiven Keim des Gedankens einer Geschichte des älteren deutschen Ehrenrechtes bezeichnen wird.

Schon mehr ist ein Ansatz hierzu wahrnehmbar bei Joh. Schilter (1632—1705). In dessen ‚Praxis iuris Romani in. foro

---

[10]) Johann Brunnemann, Commentarius in L Libros Pandectarum, Lyon 1714, fol. p. 108 ff. ad tit. D. 3, 2 (1. Ausg. 1670).

[11]) Wolfgang Adolf Lauterbach, Collegium Pandectarum, Tübingen 1784, 6. Ausg. p. 274, 276, 280 ad tit. D 3. 2 (1. Ausg. 1690).

[12]) Jakob Friedrich Ludovici, Doctrina Pandectarum, Halle 1725, 4. Ausg. p. 89 ad tit. D 3, 2 (1. Ausg. 1709). Sehr dürftig! Noch dürftiger desselben Verf. Usus Practicus Distinctionum Iuridicarum, Halle 1735, 5. Ausg. p. 97 ad tit. D 3, 2 (1. Ausg. 1703).

[13]) Johann Heinrich Berger, Oeconomia iuris, Leipzig 1771, 7. Ausgabe, p. 49 ff., Lib. I tit. 2 § 13 (1. Ausgabe 1712).

[14]) Just Henning Boehmer, Exercitationes ad Pandectas, Tom I, Hannover u. Göttingen 1745, p. 550 f.

[15]) Dasselbe gilt von dem, was der Holländer Ulrich Huber (1636—1696) über das moderne Ehrenrecht bringt in seinen Praelectionum iuris civilis tomi III ed. in Germania tertia, Leipzig 1735 Pars II p. 653 tit. D 3, 2 (1. Ausg. als Praelectiones iuris Romani et hodierni ad Pand. Franeker 1656.)

[16]) His verbis: Wir wollen solche beschwerliche Gebräuch, oder Gewohnheiten hiemit aufgehebet und vernichtet haben: Setzen, ordnen, und wollen wir demnach, dass die Leinweber, Barbirer, Schäffer, Müller, Zöllner, Pfeiffer, Trometer, Bader, und die derer Eltern, davon sie geboren sind, und ihre Kinder, so sie sich ehrlich und wohl gehalten haben, hinführo in Zünften, Gaffeln, Ämtern und Gülden keines weges ausgeschlossen, sondern wie andere redliche Handwerker belanget, und darzu gezogen werden sollen. Vgl. Stryk a. a. O. 7. Ausg. p. 315 (dem Exemplar, das ich benutzte, fehlte die Jahreszahl).

Germanico' Jena 1698, 2. Aufl.[17] [18]) Tom. I p. 326 (exerc. 10 § 25) heisst es von den infames: „hi homines non facile inveniunt advocatos, et iure Saxonico plane iis prohibentur, Landr.[19]) l. 1 a. 48 et a. 60 gl. Germ. § IV. In sua et suorum causa admittentur iure Romano l. 1 § 7 h. Secus iure Germanico veteri, summaria Weichb. art. XVI n. 26 ibi: ergo darff man ihnen nicht antworten K. u. K. L. U. L. R.[20]) c. 3 a. 83. Rechtloss Leute sollen keinen Vormund haben und soll ihnen auch der Richter keinen geben. Den ächtern und den bännigen Leuten, ob sie auf einen klagen, soll man nicht antworten. Und klagt aber jemand auf sie, dem müssen sie antworten, das ist davon, dass sie gesetzt sind von dem Rechte der Christenheit vor geistl. und weltlichen Gericht".

An anderer Stelle desselben Werkes, nämlich Tom I p. 332 (exerc. 10 § 35) sagt Schilter: „... quod textus Land-R. l. 1 a. 60 dicit: sine ferendario quisque agere et se defendere potest, si damnum sibi per hoc eveniens voluerit sustinere: etiam huc extendit addit. gl. Lat. quod evitetur infamia per procuratorem. Zobel p. 1 diff. 8, 2'.

Man sieht, was Schilter über das alte deutsche Ehrenrecht zu berichten weiss, ist noch nicht viel, und mit Recht darf Christian Thomasius (1655—1728) in den ,Notae ad sing. inst. et. pand. tit.' (1713) p. 77 seine Kritik hierüber dahin abgeben: ,Sed

[17]) Mit Beziehung auf den im Text angegebenen Titel bezeichnet diese Ausgabe sich selbst als Editio altera. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 1. Halbband, Noten S. 34, nennt sie 3. Ausgabe unter Einrechnung der zuerst erschienenen Ausgabe, die noch den Titel trug: Exercitationes ad Pandectas. Übrigens gibt Landsberg, anscheinend irrtümlich, als Druckort Strassburg an.

[18]) Da mir die früheren Ausgaben nicht zugänglich waren, habe ich nicht feststellen können, ob die im Text folgenden Ausführungen vor die eben behandelte Bemerkung Stryks zu datieren sind. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sie jünger sind, da die von mir benutzte Ausgabe Schilters v. 1698 gegenüber der vorangegangenen von 1686 (— Stryks Werk war in 1. Ausgabe von 1690 —) ganz erheblich erweitert worden ist, besonders in dem hier in Betracht kommenden 1. Bande, vgl. Landsberg a. a. O. S. 34. Die Ausgabe bezeichnet sich übrigens selbst als multum aucta.

[19]) D. i. Sachsenspiegel.

[20]) D. i. Kaiserliches und Königliches Land- und Lehnrecht = Schwabenspiegel.

ipse Schilterus hic superficiarie rem tractavit'. Im übrigen ist es aber nicht minder berechtigt, wenn er a. a. O. p. 78 sagt: „... Icti in hac materia plerumque sunt antiquitatum et iuris Germanici ignari'. Er selbst hatte, wie er p. 77 mitteilt, bereits in der Dissertation de Noricorum causis exheredandi (adimendi legitimam [21]) einiges aus dem älteren deutschen Ehrenrecht berührt. In den Notae p. 77 bemerkte er nunmehr folgendes: „... hac parte mores hodierni variant ab antiquioribus. Multa disponunt specula Saxonicum et Suevicum de hominibus infamibus, qui rechtlose Leute vocantur, eoque referunt Kämpffer und ihre Kinder und Spielleute und alle die unehlich gebohren sind usw. und die ihren Leib oder Haut und Haar ledigen mit Gelde; Landrecht lib. 1 art. 37 et passim". Im folgenden Absatz führt er aus: ‚Tempore speculi Saxonici collecti carnifici dem Fronboten, particula iudiciariae potestatis fuit concredita'. Erst infolge der Einwirkung des kanonischen Rechtes habe der Scharfrichter seine Rechtsstellung als persona integrae famae verloren.

Dazu hatte Thomasius auf p. 77 den Satz ausgesprochen: ‚Mererentur haec iura magis, ut exponerentur a I-Ctis, quam mores Romanorum'. Dieser sollte für die Fortentwickelung der Geschichte des deutschen Ehrenrechts von Bedeutung werden. Nachdem nämlich noch in einem von Philipp Konrad Hugo im Jahre 1716 verteidigten und von Augustin Leyser (1683 bis 1752) in seine ‚Meditationes ad Pandectas' [22]) aufgenommenen ‚Specimen de Infamia et levis notae macula' zur Erweisung der Behauptung, dass die alten Germanen nicht weniger als die Römer Ehrenminderungen gekannt hätten, einiges Dürftige beigebracht war, empfing durch jenen Satz des Thomasius der bereits genannte Philipp Ludwig Huth die Anregung, das alte deutsche Ehrenrecht einer gründlichen Bearbeitung zu unterziehen.

---

[21]) Die Schrift ist mir unzugänglich gewesen. In § 30 derselben hatte er die Kämpfer des Sachsenspiegels bestimmt als ‚eos, qui palaestricam ad delectandos homines pro pecunia exercent'; vgl. Huth a. a. O. p. 15.

[22]) Vgl. die 9. Ausgabe Leipzig, Braunschweig u. Wolfenbüttel v. 1772, Vol. I p. 565, Specimen 52 (1. Ausg. v. 1717).

§ 3.

Huth.

Huth erklärt selbst zu Eingang seines Specimen: ‚Cum haud ita pridem aliud agens forte fortuna inciderem in Viri illustris, Christ. Thomasii notas ad Tit. ff. de his, qui notantur Infamia, oculis mentique argumento Dissertationis Inauguralis eligendo intentae occurebant verba: ‚Ius Germanicum habet rursus suos infames, quos Jus Romanum ignoravit. Imo hac parte mores hodierni variant ab antiquioribus, etc. (wie oben § 2 nach A. 21). Mererentur haec Iura magis, ut exponerentur . . . Ego occursum hunc felicis ominis esse ratus, statim consilium capiebam, vires meas in materia hac propemodum adhuc deserta periclitandi‘.

Diesen Entschluss hat Huth aufs glücklichste durchgeführt. Einerseits wegen der Bedeutung seiner Dissertation für die Folgezeit, anderseits deswegen, weil sie unverdientermassen heute fast vergessen ist, erscheint es notwendig, sie genauer zu besprechen. In methodischer Weise behandelt Huth die deutschen Ehrenminderungen nach 4 Perioden. Für die erste, die antiquissima tempora, sind namentlich Caesar, Tacitus und die lex Salica seine Quellen (p. 4—9). Von dem Übergang zur zweiten Periode sagt er: ‚. . . ad ea tempora pedem promoveo, quibus Germana propago partim in patrio solo subsistens, partim translatis in exteras regiones victricibus armis, novis incluta regnis scriptis legibus uti incepit‘ (p. 9). Nachdem er die hiermit angedeuteten Volksrechte und Kapitularien durchforscht hat (p. 9—11), sagt er: . . . diutius in iis haerere vix operae pretium esse videtur, praecipue cum magis singularia ex Speculis Saxonico et Suevico, promtuariis illis morum, qui, exolescentibus paulisper cum stirpe Carolingica veteribus istis Legibus et Capitularibus, omne punctum in Germanorum Jurisprudentia tulerunt, eruenda et in luce constituenda supersint‘ (p. 11 sequ.). Auf diese dritte Periode hat er besonders viel aber dafür auch reichlich gelohnte Mühe verwandt. Man kann es ihm nachfühlen, wenn er sich schliesslich der vierten Periode zuwendet mit dem Seufzer der Erleichterung: „. . . iam tandem aliquando portum litusque prospicio. Nihil enim obstat

quominus vela modo dem ad aevum recentius, nostrique temporis mores' (p. 35).

Uns interessieren nur die drei ersten Perioden. Für die erste findet Huth als Gründe des Ehrverlustes Feigheit, und zwar Scutum reliquisse [1]), scutum iactasse [2]), superstitem Principi suo ex acie recessisse [3]), ferner die sacrificiorum interdictio, die er der späteren Exkommunikation vergleicht. Caesar [4]) hat zwar nur ihre Verhängung durch die Gallischen Druiden berichtet. Aber Huth nennt die Gallier einen ,populum cum Germanis et sanguine et moribus coniunctum'. Weiter führt Huth als ehrlos werdend auf: ,Qui capitis damnati alienis manibus peribant', nämlich die proditores et transfugae und die ignavi et imbelles ac corpore infames [5]). Für letztere hat er eine eigene Erklärung. Er versteht darunter diejenigen, die sich selbst verstümmelt haben, um dem Kriegsdienst zu entgehen. Schliesslich wird die Ehre auch durch Keuschheitsverletzung verloren [6]).

Die Folgen des Ehrverlustes hebt Huth nur bei der sacrificiorum interdictio besonders hervor mit den Worten Caesars: ,Quibus ita est interdictum, ii numero impiorum ac sceleratorum habentur: ab iis omnes decedunt: aditum eorum sermonemque defugiunt, ne quid ex contagione incommodi accipiant: neque iis petentibus ius redditur, neque honos ullus communicatur'. Ausserdem wird noch in den von ihm aufgenommenen Worten des Tacitus als Folge des ,scutum reliquisse' mitgeteilt: ,nec aut sacris adesse aut concilium inire ignominioso fas' und als Folge der Keuschheitsverletzung der Frau: ,Non forma, non aetate, non opibus maritum invenerit'.

Für die zweite Periode stellt Huth als Gründe des Ehrverlustes fest bei den Westgoten besonders Verknechtung und beschimpfende Strafe, nämlich flagellatio und turpis decalvatio [7]), ja schon an sich Gesetzübertretung und Verletzung anderer (qui legum ignorantia praetensa, illicita perpetraverit, aut

---

[1]) Tac. Germ. c. 6. [2]) Vgl. Lex Sal. (Geffcken) 30 § 6.
[3]) Tac. Germ. c. 14, c. 6. [4]) Bell. Gall. lib. VI cap. 13.
[5]) Tac. Germ. c. 12. [6]) Tac. Germ. c. 19.
[7]) Lex Wisigothorum lib. VI tit. II § 1 (Mon. Germ. 4° Leg. I tom I p. 257), tit. IV § 5 (M. G. cit. p. 197) und lib. IX tit. II § 9 (M. G. cit. p. 375).

alterum laeserit)[8]), bei den salischen Franken Geburt aus incestuoser Ehe[9]), bei den Burgundern Keuschheitsverletzung einer Freien[10]). Bei den Alemannen kommen als ehrlos in Betracht die periuratores, fallaces et pecuniarum acceptores[11]), bei den Friesen die campiones, fures, incendiarii, fanorum effractores et infantem ab utero matris sublatum enecantes[12]). Nach dem Ingelheimer Kapitular von 826[13]), das freilich der gefälschten Sammlung des angeblichen Benediktus Levita entstammt[14]), sind ehrlos, qui de rebus Ecclesiae aliquid abstulerint, wenigstens usque ad satisfactionem Ecclesiae, quam laeserunt. Gemäss dem Beschluss Synodi Vernensis Cap. 9[15]) gehören hierher die excommunicati, nach dem Capitulare I a. 809 c. XXVIII[16]) die Capite damnati.

Die Folgen dieses Ehrverlustes sind bei den Westgoten am härtesten im Falle der Verknechtung: ‚Servitus autem uti caput adimebat, ita famam omnem consumebat; quapropter durior omnino huic poenae obnoxiorum conditio erat, quam verberibus caesorum detonsorumque, quorum fama tantum diminuebatur, uti et ceterorum, quos leges hac infamia notant‘. Für diese letzteren Klassen hat die Ehrlosigkeit zur Folge, dass die Gesetze sie, testimoniorum dictione, accusationibus et alienorum negociorum procurationibus arcent[17]). Auch bei den Alemannen standen die periuratores etc. denjenigen gegenüber, qui boni testimonii sunt in plebe[18]). Die Ehrlosen der lex Frisionum findet Huth als solche dadurch gekennzeichnet, dass sie ‚sine compositione occidi possunt‘[19]). Von den excommunicati heisst es in cap. 9 Synodi Vernens.: ‚Et ut sciatis, qualis sit modus istius excommunicationis, in Ecclesiam non debet intrare, nec cum (n)ullo Christiano cibum vel potum sumere, nec eius munera (quisquam) accipere debet,

---

[8]) Vgl. Huth p. 9. [9]) Lex Salica (Geffcken) 13 § II.

[10]) Lex Burg. c. XLIV. [11]) Lex Alem. c. XLII 1. [12]) Lex Fris. V, 1.

[13]) Vgl. die Kapitularien-Ausgabe von Steph. Baluzius tom I p. 647.

[14]) Vgl. die Kapitularien-Ausgabe von Alfr. Boretius (Mon. Germ. 4° Leg. II) tom I p. 455 col. 20.

[15]) Eod. p. 35. [16]) Eod. p. 151.

[17]) Huth zitiert hierzu L. Wisigoth. L. III T. V § 3, L. VI T. V § 12 (vgl. Mon. Germ. 4° Leg. I tom I p. 162 sequ. u. p. 278). Ausserdem zitiert Huth: L. Wisig. L. VI T. II § 5.

[18]) Vgl. oben Anm. 11. [19]) Vgl. oben Anm. 12.

selbständige Bedeutung beanspruchen, je schwieriger hier die Überschau über die bisher geäusserten Meinungen und damit die Feststellung der vorliegenden Gesamtleistung geworden ist. In Folgendem soll diese Überschau geboten werden.

Das Problem, welches ich im Auge habe, knüpft sich an die Ausdrücke, welche in den mittelalterlichen Quellen als Bezeichnungen für Ehrenminderungen begegnen. In Betracht kommen unter anderen die Worte: Echtlos, rechtlos, ehrlos, unecht, bescholten. Es handelt sich um die Deutung der hiermit verbundenen Begriffe.

I. Abschnitt.

Die Literatur vor Eichhorn.

§ 2.

Die Literatur vor Huth.

Die rechtsgeschichtliche Literatur, die sich mit dieser Aufgabe beschäftigt hat, wird eigentlich erst eingeleitet durch Philipp Ludwig Huths ‚Specimen iur. Germ. de his, qui notantur infamia', Altdorf 1723.

Wohl hatte man schon vorher auch bezüglich der Ehre neben dem fremden Rechte der einheimischen Auffassung wieder Beachtung geschenkt. In einer im Jahre 1591 zu Basel gedruckten Abhandlung ‚De existimatione acquirenda, conservanda et amittenda' hatte bereits der vielseitige Marquard Freher [1]), später Heidelberger Professor und Staatsmann (geb. 1565 gest. 1614), trotz seiner feinen, auch in jener Schrift zur Schau getragenen humanistischen Bildung [2]) es nicht verschmäht, auch

---

[1]) Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1. Abt. S. 680—682.

[2]) Zacharias Schmidt hat in seiner unter dem Präsidium von Thomasius im Jahre 1709 verteidigten Hallenser Dissertation (De existimatione, fama et infamia extra rem publicam) die Methode Frehers in der erwähnten Schrift folgendermassen gekennzeichnet: ‚pro gustu communi ICtorum, studia humaniora et elegantiora rarius ex debito aestimantium, methodus Freheriana, ubique dicta ex auctoribus elegantioris litteraturae illustrans'.

seinen Leib". Zur Feststellung des Begriffes der rechtlosen Ächter erinnert er daran, dass in den Fällen peinlicher Gerichtsbarkeit die iudices inferiores die trotz dreimaliger Ladung nicht erschienenen Angeklagten verfestet hätten [22]). „Proscriptionem suam iudex ordinarius porro denunciare poterat Comiti, Comes a se confirmatam latiusque extensam deferre ad Regem. Quod si et hic calculum ei suum adjiciebat et quem bannitum declarabat, dicebatur esse in des Reichs Acht, des Königes Acht, sive etiam absolute secundum textus Saxonicos in der Acht sive geechtet . . . . et denique exacto in tanta calamitate anno et die . . . feriebat eum bannum Imperii superius des Reiches Oberacht" [23]).

Nachdem Huth so die in den Quellen erwähnten Infamen festgestellt hat, geht er dazu über, ‚pro maiore minoreve maculae, qua adspersi fuere, foeditate in suas classes eos dispertire: Minore infamia laborasse mihi videntur campiones, citharoedi et illegitimi; maiore, de furto vel rapina pacti, a capitis amputationis et fustigationis poena pecunia liberati, et cum iis perfidi exercitus desertores; maxima denique, quibus superius Imperii bannum expertis aqua et igne fuit interdictum. Horum existimationem consumtam dixeris, illorum vero minus integram et diversimode minutam‘ (p. 32 f.).

Diese Klassifikation der Infamen belegt Huth sodann durch Darstellung der Folgen der verschiedenen Ehrenminderungen: ‚Expendam effectus harum Infamiae specierum et dictis sua constabit veritas‘. Was Huth über diese Wirkungen sagt, ist so prägnant und so sehr die Grundlage für die weitere Dogmengeschichte, dass ich nicht umhin kann, es ausführlich wiederzugeben.

Von der infamia minor stellt er fest, dass sie a testimonii dictione [24]), a postulando [25]), Iudicis officio [26]) et feudis [27]) arcebat,

[22]) Sachsensp. I art. 67 f., II art. 66 a. E.
[23]) Ssp. I 71, III 34; Schwsp. (L.) c. 103 b u. 277.
[24]) Ssp. II 36 § 4.
[25]) Ssp. I 61 § 4 und Schwsp. (L.) c. 94.
[26]) Ssp. Lehnr. art. 61, vgl. auch Ssp. II 12 § 3, III 65 § 1, 70 § 1.
[27]) Ssp. Lehnr. art. 1 (art. 2 § 1).

herangetreten. Er wendet sich dagegen, dass die neuere Theorie die zu seiner Zeit noch bestehende mindere Ehrenstellung gewisser unehrlicher Gewerbe sowie der unehrlichen Kinder als ein besonderes Rechtsinstitut, als levis notae macula, aufgefasst wissen wollte. Auch als Anrüchigkeit bezeichnete man dasselbe. Huth sagt hiergegen: ‚Neutiquam ergo ex Iure moribusve patriis singularem hanc famae labeculam derivant; nec sane in illis ullibi eius fontem potuissent detegere. Vetustissimae leges infamium tantum aliquando meminere: medii aevi mores, praeter eos, qui iura sua salva et existimationem integram servarunt, et hisce oppositos, qui iurium atque existimationis damnum fecere, die an ihren Rechten vollkommen oder unbescholten, und die rechtlos und ehrlos sind, testibus innumeris locis supra passim adductis, tertiam speciem novere nullam: et ne hodie quidem alia in vulgari hominum usu est distinctio, quam quae honestos ab inhostis, ehrliche und unehrliche, separat‘ (p. 43). Huth identifiziert hier, wie beiläufig bemerkt sein mag, auch die Bescholtenheit mit der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit und darum ebenso mit der früher gleichgestellten Unechtheit. Seine Ausführungen machen auch durchaus nicht den Eindruck, dass seine einheitliche Fassung des Begriffes der deutschen Ehrenminderungen etwa bloss in romanistischem Einfluss ihren Grund hätte, d. h. bloss beruhte auf einer gewissen Orientierung der Anschauungsweise, welche durch die Herholung des lateinischen Namens der deutschen Ehrenminderungen von der einheitlichen römischen Infamie bewirkt wäre. Nicht mehr, als fremde Bezeichnungen für die in den Lichtkreis universeller Rechtsphilosophie erhobenen deutsch geschauten Grade eines deutsch geschauten Institutes sind es, wenn Huth mit Bezug auf die zur infamia minor, maior oder maxima Niedergesunkenen sagt: Horum existimationem consumtam dixeris, illorum vero minus integram et diversimode minutam (p. 33), Bezeichnungen, die ja ebenso, wie der vorher angewandte Ausdruck des ‚aqua et igne interdici‘, den Ausführungen des Callistratus in fr. 5 D de extraordinariis cognitionibus 50, 13 entnommen sind[34]). Ich finde also, dass Huth wirklich sein Pro-

[34]) Nicht anders zu beurteilen ist die Entlehnung der Bezeichnung aus l. 27 C de inofficioso testamento 3, 28 auf p. 32 in dem Satze: ‚nunc facile

gramm durchgeführt hat: ‚Ad maiores meos conversus . . . coepi inquirere, quid illi de infamia statuerint' (p. 3), und dass er durchaus nicht in den noch zeitgemässen Fehler verfallen ist, den er kennzeichnet und geisselt mit den Worten: ‚pro more consueto instituta Romana in solo Teutonico infelici quamvis ausu, venatum ivisse'.

So hat Huth mit einem Ruck die Geschichte des älteren deutschen Ehrenrechtes aus tiefstem Dunkel herausgerissen. Auf besonderem Gebiete ist er zu einer Reife deutschrechtlich-historischer Auffassung gelangt, die für das deutsche Recht im Allgemeinen erst viel später geboren werden sollte. Und auf eben jenem Gebiete hat er den Stand des Wissens und Verständnisses zu einem Höhepunkte erhoben, von dem die Mehrzahl der Forscher der Folgezeit wieder herabsinken sollte. Ob überhaupt einer erheblich darüber hinausgedrungen ist, kann nur die weitere Dogmengeschichte in Verbindung mit der allerdings an diesem Orte nicht vorzunehmenden Revision der Quellen ergeben.

§ 4.

Heineccius und seine Nachfolger.

1. Schon was Johann Gottlieb Heineccius (1681—1741) in den Elementa iuris Germanici (1. Ausg. 1735/36)[1]) über das altdeutsche Ehrenrecht schrieb, ist im Allgemeinen gegenüber Huths Leistung ein erheblicher Rückschritt, wenn auch bezüglich unseres Problems noch eine gewisse Vorwärtsbewegung.

Die von Huth mit einer jedenfalls für seine Zeit ungewöhnlichen Exaktheit gewonnenen historisch-germanistischen Ergebnisse erscheinen hier wieder stark verwässert durch antiquarisch-humanistische Einflüsse[2]). Die historische Betrachtungsweise ist zudem rationalistisch-systematischen Gesichtspunkten untergeordnet. Als oberstes Einteilungsprinzip ist ohne Periodenscheidung dasjenige angewandt, welches Huth für die dritte

---

est pro maiore minoreve maculae, qua adspersi fuere (i. e. infames), foeditate in suas classes eos dispertire'.

[1]) Ich habe benutzt die 3. Ausg. Halle 1746.

[2]) Vgl. a. a. O. insbes. p. 329, 331, 334, 337.

Periode gefunden hatte. Doch werden nur die Kategorien der infamia minor und maior, nicht auch der infamia maxima aufgestellt [3]). Mit dieser Systematik ist, wiederum ohne Periodeneinteilung, eine andere verquickt, die sich an die Huthsche Feststellung des Rechtszustandes der ersten Periode anlehnt. Denn als Gründe der infamia maior stellt Heineccius hin die Verletzung der ‚praecipuae virtutes, quibus Germani studebant' nämlich der fortitudo bellica, fides, castitas und pietas [4]). Neu gegenüber Huth ist hierbei freilich die Verselbständigung der fides durch Ablösung von der fortitudo bellica, welcher die fides bei Huth insofern angeschlossen erschien, als er von der Negation jener fortitudo, dem ‚scutum reliquisse', das ‚superstitem Principi suo ex acie recessisse' nicht getrennt hatte [5]). Die pietas ist der Gehorsam gegenüber den Priestern zur Verhütung der auch von Huth behandelten heidnischen sacrificiorum interdictio und kurz von ihm berührten späteren christlichen excommunicatio. Hiermit setzt Heineccius in Verbindung die Infamie der ‚capitali vel corporis adflictiva poena adfecti': ‚Quum vero plerasque poenas capitales, et corpus adfligentes, sacerdotes Germani, quasi Deo imperante, irrogarent . . . in promptu est ratio, cur et istae infamia notare existimarentur' (p. 333 § 401). ‚Non dubito quin simili infamia et illi fuerint notati, qui manu truncati fuerant, quia haec fere ordinaria erat poena falsi admissi (p. 334 § 402) . . . Id adeo verum est, ut et ii, qui data pecuniae summa, manum redemissent, infames haberentur (p. 335) . . . Quin tantum abest, ut ulla poena huismodi infamia vacaret, ut et, qui illam, inita transactione, a se amoliri conabantur, infames haberentur' (p. 335 § 403).

Aber auch die inhaltlich nach Huth bestimmte infamia minor hat Heineccius mit einer Beeinträchtigung jener vier

---

[3]) Vgl. p. 340 § 408.

[4]) p. 325 § 392: ‚Quicumque igitur insigne aliquod facinus contra has virtutes admiserant, ii, poena atrociore adfecti, famae atque existimationis suae iacturam fecisse videbantur, et horum infamiam ex principiis iuris Germanici „Maiorem" non inconcinne vocat laudatus Huthius . . .'

[5]) Vgl. jedoch schon bei Huth p. 3 die Wendung: . . . ad Maiores meos conversus, quos vel sola fides tam sancte servata, ut in proverbium abierit, tamquam bonae famae studiosissimos commendat, coepi inquirere pp., vgl. oben § 3 nach Anm. 34.

Kardinaltugenden der Germanen verknüpft: ‚Ast quum praeterea et quaedam vitae genera, quamvis in se nihil flagitii habentia, virtutibus tamen illis, quas maximi fecisse Germanos diximus, parum convenire viderentur, ipsique parentum dedecora et liberis haerere crederent, factum inde est, ut et alii homines, qui se certo vitae generi mancipaverant, vel vulgo concepti fuerant, parum integrae famae haberentur, quorum infamiam „Minorem" vocat . . . Huthius . . .‘ (p. 326 § 393).

Als Folgen der infamia maior und minor stellt Heineccius unter Zusammenfassung der drei Perioden Huths dieselben hin, welche Huth für die dritte Periode gefunden hatte. Neu fügt er nur hinzu, dass die infamia, und zwar schon die infamia minor, auch ab honoribus sacris ausschliesse[6]).

Wie schon gesagt, kennt Heineccius eine besondere infamia maxima nicht. Er stellt die proscriptio mit der infamia maior auf dieselbe Stufe, indem er nach Behandlung der Wirkungen der letzteren, in unmittelbarem Anschluss den Satz folgen lässt: ‚Quin si proscriptio decreta erat, ne iuris quidem communis ita particeps erat (i. e. der proscriptus), ut iudicis auxilium adversus aliorum iniurias iure posset efflagitare‘ (p. 340 § 408). Mit Bezug auf diese Proskription spricht er den Huthschen Gedanken von der Rechtlosigkeit *κατ' ἐξοχὴν* wiederum aus, wenn er sagt: ‚Et ob hanc praecipue caussam infames vocabantur Recht-vel Echtlosse Leute‘ (p. 341 § 408).

Hierin liegt aber auch, zum Teil wenigstens, eine Lösung des in Rede stehenden Problems im Sinne Huths. Heineccius wiederholt sie ausdrücklich, wenn er für das alte deutsche Recht feststellt eine ‚personarum divisio in eas, quae integrae famae, et quae infamia notatae essent, quarum posteriores ehrlose itemque recht-vel echtlose Leute dictas esse comperio‘ (p. 324 § 391). Hat er also insoweit die von Huth gewonnene Stellung nicht aufgegeben, so hat ihm doch das bei jenem vorhandene volle Bewusstsein der Existenz und Bedeutung des Problems gefehlt und nicht minder der vollständige eigene Einblick in die quellenmässige Grundlage der Lösung desselben. Immerhin hat er diese Lösung einigermassen durch Folgendes

[6]) Hierfür zitiert er Chron. Mont. Sereni ad ann. 1201.

weiter gefördert. Aus lib. II p. 219 der Goslarer Antiquitäten seines Bruders Johann Michael Heineccius (Pastors in Goslar) teilt er eine Stelle des Privilegs Friedrichs II. von 1219 mit, nämlich: ‚Quod si falsarius manum redemerit, exlex vel infamis erit, quod vulgariter echtlos dicitur, ac si pro falso manum perdidisset'[7]). Dazu bemerkt er: ‚Ubi laudatus frater meus p. 222 notat, in codice iuris municipalis Goslariensis huiusmodi infames vocari Rechtloss, an Ehren los **und an Tugenden verletzt,** totamque illam periocham diplomatis Fridericiani ita verti in illo codice: Es lösst der Felscher syne Hand, er ist doch recht und ehrenloss. Nimirum eodem recidunt haec vocabula. Lex enim veteribus erat ewa, ehe, echt, unde ehehafft legitimum impedimentum, echte vel eheliche Kinder, legitimi liberi, echtlos iuris communis exsors, seu, ut Fridricus II Imp. loquitur, exlex, quamvis huius vocabuli alias plane alia notio fit' (p. 325 § 391).

Man muss zugeben, dass in diesen Schlussworten ein gewisser Widerspruch gegenüber der sonst mit Huth angenommenen Einheitlichkeit des Begriffes der alten deutschen Ehrherabsetzung zu finden ist, vorausgesetzt, dass Heineccius, wie kaum anders angenommen werden kann, mit der alia notio des Wortes ‚exlex' auf dessen Bedeutung friedlos zielt. Denn dann stellt er hiermit die Friedlosigkeit, also auch die Proskription in ihrer schärfsten Form, der Rechtlosigkeit bzw. Echtlosigkeit bzw. Ehrlosigkeit als andersartig gegenüber, während er doch eben sonst, wie wir gesehen haben, die Proskription schlechthin zu der einheitlichen infamia, und innerhalb dieses Begriffes zu dem Grade der infamia maior zählt (vgl. oben nach A. 6, Heineccius a. a. O. p. 340 § 408). — Dass Heineccius hierbei auch die erwähnte schärfste Form der Proskription mit einrechnet, also derselben an dieser Stelle keinen Sonderplatz eingeräumt wissen will, geht daraus hervor, dass er im Anschluss an die Erörterung der maior infamia der manu truncati und unmittelbar nach der Bezeichnung dieser Strafe als der ordinaria poena falsi admissi anmerkungsweise folgen lässt: ‚Quin quum poena gravissima eorum, qui aliquid adversus rem

[7]) Vgl. Göschen, Die Goslarischen Statuten, Berlin 1840 S. 38 Z. 7.

p(ublicam) admiserant[8]), esset proscriptio, des Reichs acht **und oberacht:** hos quoque infamie notam effugere non putabant, qui vertente anno in eo statu perseverarent[9]).

Heineccius setzt hinzu: ‚Sed . . . . . ipsa proscriptio, ob crimen perduellionis inflicta, iam per se infamia notabat, non perseveratio demum annua. Hierfür beruft er sich auf die oben § 3 A. 32 auszugsweise mitgeteilte Urkunde Karls IV. über die Ächtung Hertwittens des Kuchlers. Ich erblicke in diesem Zusatze ebenfalls ein weiteres Vordringen in Ansehung unseres Problems.

2. Wennschon Heineccius in Abweichung von Huth die Einteilungsprinzipien, ‚Infamia maior und minor' einerseits und „Verletzung der vier Kardinaltugenden der Germanen" anderseits ohne Periodenabgrenzung mit einander verbunden hat, so kommt doch bei ihm wenigstens innerhalb der hierdurch gegebenen Anordnung die geschichtliche Betrachtungsweise einigermassen zu ihrem Rechte. Völlig ausgewischt erscheint dagegen das historische Bild, das Huth mit Erfolg zu zeichnen bemüht gewesen war, bereits bei Engau, der in seinen allerdings recht unbedeutenden ‚Elementa iuris Germanici civilis' (1. Ausgabe Jena 1736) im Interesse eines billigen Lehrbucherfolges lediglich eine leicht fassliche Systematik bietet, die er, zudem durchaus unselbständig, von Heineccius entlehnt, aber von jeglicher Geschichte „entlastet" hat. Huths Namen gar nicht mehr erwähnend, nur noch aus Heineccius schöpfend und meist auch dessen Wortfassung wiederholend, bringt er in den Kategorien ‚infamia maior' und ‚infamia minor', Zeitunterschiede, im Texte wenigstens, ganz fallen lassend und nur die Quellenbelege in den Fussnoten der Zeit nach ordnend, alle die Ehrenminderungen unter, die Huth für seine drei ersten Perioden festgestellt hat. Die unselbständige Übernahme und gleichzeitige Verschlech-

[8]) Dass diese Anmerkung sich an die Erwähnung der poena falsi admissi anfügt, erklärt sich daraus, dass Heineccius hier beeinflusst ist durch Huth, der das ‚admittere aliquid adversus rem publicam', das ‚crimen perduellionis' als schlimmste Art der Untreue auffasst: ‚Eximia quondam reputabatur perfidia absente Imperatore, pacem turbasse publicam, seditiones exortasse et summa miscuisse imis', Huth p. 29.

[9]) Ssp. I 38, Schwsp. (L.) c. 45.

terung der Heinecciusschen Lehre wird am besten gekennzeichnet durch wörtliche Wiedergabe der §§ 494 und 495 lib. I der Engauschen Elementa:

§ 494: ‚Infamia seu existimationis privatio vel maior est vel minor. Illa moribus antiquis inhaerebat iis omnibus:

I. qui aliquid contra fortitudinem, fidem, castitatem et pietatem, cardinales illas germanorum virtutes, commiserant. Itaque infames erant a. qui hostibus terga dederant et arma perdiderant in acie [10]); b. qui desertione et proditione se indignos praestiterant virorum fortium nomine [11]); c. muliebria passi [12]); d. periuri, fallaces, perfidi [13]); immo e. omnes mendaces, in quos ius alapae infligendae sibi esse credebant maiores; f. stuprum ultro passae [14]); g. qui rerum ecclesiasticarum quicquam surripuerant [15]);

II. rei criminis, quod manebat (wohl monebat) decalvatio, fustigatio, proscriptio, sive has poenas redemptione vel transactione subterfugerant sive sustinuerant‘ [16]).

Von Heineccius nicht übernommen ist hier nur I, e. In Benedikt Schmidts unten noch zu berührenden ‚Principia Iuris Germanici‘ findet sich p. 318 bei Behandlung der Infamie wegen Verletzung der fides die Bemerkung: ‚. . Imo Germani mendacium tam valde abhorruerunt, ut sibi in mendaces ius alapam infligendi competere persuaderent, quod vetus satis paroemia probat: „auf eine lüge gehört eine maulschelle“, Hertius paroem. iur. lib. I paroem. 100‘. Engau wird also auch wohl an dieses von Johann Nicolaus Hert in seinen ‚Paroemiae iuris Germanici‘ aufgeführte Rechtssprichwort gedacht haben, zumal er, wie gleich sich zeigen wird, diese Paroemiae auch sonst benutzt hat, wenn auch vielleicht nur aus dritter, beiden Abschreibern gemeinsamen Quelle. Schwerlich vermochte aber durch jenes Sprichwort allein eine infamia maior der Lügner ihre Begründung zu finden.

Einigermassen eigentümlich gestaltet ist bei Engau in dem vorerwähnten § 494 die Gruppe II.

---

[10]) Wörtlich nach Heineccius p. 327 § 394. [11]) W. n. H. p. 327 § 395.
[12]) W. n. H. p. 328 § 395 Anm. [13]) W. n. H. p. 330 § 397.
[14]) W. n. H. p. 330 § 398. [15]) W. n. H. p. 332 § 400.
[16]) 4. Ausgabe Jena 1752 p. 261 f.

§ 495 a. a. O. lautet: ‚Infamiam minorem ferebant 1. qui id vitae generis elegerant, quod cardinalibus virtutibus contrarium esse videbatur, u. c. si quis campionem aut ludionem egerit; 2. qui vel natura vel voto socii erant maiori infamia notatorum'. Nr. 1 schliesst sich wieder ganz an Heineccius an[17]). Mit Nr. 2 bringt Engau einen neuen Gesichtspunkt herein, insbesondere mit den ‚socii voto'. Er zitiert hierzu Hert, paroem. (i. e. lib. I) 12. Das betreffende Rechtssprichwort lautet hier: „Wer eine Hur nimt wissentlich, Bleibt ein Schelm ewiglich". Also Kinder und Gatten der mit infamia maior Behafteten sollen der infamia minor verfallen sein. Unter jenen Kindern mag Engau auch die unehelichen Kinder begriffen haben, welche er wohl deshalb als ‚natura socii maiori infamia notatorum' betrachtet haben mag, weil er sie als Kinder von ‚stuprum ultro passae' im Auge gehabt haben wird.

Hinsichtlich der Folgen der Ehrenminderungen bringt Engau insofern etwas Neues, als er, wenn auch ohne eigene Quellenbelege, darauf aufmerksam macht, dass der mit infamia, und zwar schon mit infamia minor, Behaftete: ‚opificia addiscere non poterat'.

Bezüglich unseres Problems, von dessen Existenz er aber vollends kein Bewusstsein mehr hat, interessiert bei Engau a. a. O. § 493 der die Abstammung von Heineccius nicht verleugnende[18]) Einleitungssatz: „Hominum alii sunt integrae famae, alii infames ehrloss, echt und rechtlosse Leute", welcher also auch der von Huth vertretenen Einheitlichkeit des Begriffes der alten deutschen Ehrherabsetzung entspricht.

3. Wenn ich mich verhältnismässig lange bei dem unbedeutenden Engau aufgehalten habe, so hat dieses doch den Nutzen getragen, dass nunmehr von der mit vielen Quellenstellen prunkenden umfangreicheren Darstellung des alten deutschen Ehrenrechts in Benedikt Schmidts ‚Principia Iuris Germanici' (Nürnberg 1756, p. 316—325) einfach gesagt werden kann, dass sie im Wesentlichen einen ziemlich getreuen Abklatsch von dem durch Heineccius verschlechterten Huth[19]) mit den Zutaten

[17]) Vgl. oben S. 240 f.

[18]) Vgl. oben S. 241 f.

[19]) Den Schmidt übrigens, anders als Engau, noch selbst benutzt hat.

Engaus darstellt, der von Schmidt noch dadurch weiter verschlechtert ist, dass er das neuere Recht von dem alten nicht hinreichend geschieden hat[20]). Unser Problem wird wiederum berührt durch den Einleitungssatz: ‚. . . hominum divisio est, quod sint vel intregrae famae . . . . vel sunt infames sive infamia notati Ehrlos echt rechtlose an tugend verletzte leuthe . . .'

Ganz dürftig hatte übrigens vorher Eisenhart in seinen ‚Institutiones iuris Germanici Privati' (Halle 1753) p. 10 f. nur die obersten Kategorien der Lehre von Heineccius mit dessen eigenen Schlagworten angedeutet[21]). Noch mehr war sie zusammengeschrumpft in (des auf anderem Gebiete so hervorragenden) Johann Stephan Pütters ‚Elementa Iuris Germanici privati' hodierni, 1. Ausg. 1748. Als ein kümmerliches Rudiment derselben mag aus der 2. Ausg. dieser Elementa, Göttingen 1756, p. 66, der Satz mitgeteilt werden: ‚. . . multiplex infamiae caussa, veluti ob laesam praesertim fidem, ob inconveniens bonae existimationi vitae genus, ob indignam forti viro actionem cet'. Es drängt sich geradezu das Bild auf, dass die Nachtreter des Heineccius allmählich auf dem Wege einschlafen.

4. Deutlicher noch erkennbar aber in anderer Weise entartet ist die Heinecciussche Doktrin in Johann Georg Estors „bürgerlicher rechtsgelehrsamkeit der Teutschen" Bd. I, Marburg 1757, p. 423 ff. Auf p. 424 heisst es in § 988: „Die Teutschen halten die tapferkeit, treue, keuschheit und die religion für die haubttugenden. Mit einem worte, sie waren ehrlibend, dafür die ehrbare männer, ehrbare weibespersonen hochgeschäzet wurden. § 989: Die betrüger hingegen hasseten sie äusserst, und nenneten sie lotterbuben. Denn lotter heisset unter andern: fraus, dolus, mendacium usw.". In diesem Stile geht es weiter. Wie überhaupt in seinem Werke, so sinkt Estor auch

---

[20]) Vgl. besonders §§ 7 u. 8 p. 322 ff. a. a. O.

[21]) Auf die Arten der alten Ehrenminderungen beziehen sich in § 9 p. 10 a. a. O. lediglich folgende Sätze: ‚Ratione existimationis quoque homines dividuntur in eos, qui integrae famae, ac eos, qui infamia notati sunt. Infamia autem iure germanico est vel maior vel minor. Illa notabantur, qui fortitudinem bellicam, fidem, castitatem et pietatem violarunt, vel poena corporis ad flictiva, aut capitali adfecti fuerunt; hac autem laborabant, qui se certo viliori vitae generi manciparunt, vel vulgo concepti fuerunt'.

beim Ehrenrecht in dem Streben nach möglichst universalwissenschaftlicher Darstellung im Unjuristischen vollständig unter[22]). Ein drastisches Beispiel hierfür ist auf p. 423 a. a. O. der § 987: „Die menschen sind entweder ehrliche, ehrbare, redliche, tugendhafte, tapfere, treue und worthaltende, keusche und gottesfürchtige; oder ehr-, recht-, treu- und tugenlos, feige memmen, schälmen, betrüger, niderträchtige, unehrbare, mit schandflecken behaftete, racker, hallunken, landfarer, gauner, gaudibe, hurenpak, dibes-, raub- und zigeuner-, sodann herrenlose wildschüzen, müssige und lüderliche bettel-gesindel, gardenbrüder usw. Die ersten schäzeten die Teutschen hoch". So humorerregend dieses nun auch anmutet, so darf man doch unter dem überwuchernden Beiwerk den juristischen Gehalt nicht verkennen, der in einer wohl nicht ganz unbewussten Entscheidung unseres Problems im Sinne der Einheitlichkeit des Begriffes der alten deutschen Ehrenminderungen besteht und in dieser Beziehung sogar ein wenig Neues birgt. Es ist aber selbstverständlich, dass er unter solcher Hülle nicht zur Geltung kommen konnte.

So bedeutet Estors Darstellung keinen Aufenthalt der Abwärtsbewegung, in welcher sich die Geschichte des deutschen Ehrenrechtes befand. Diese setzte sich dahin fort, dass in der Folgezeit in einer Reihe von Lehrbüchern des deutschen Privatrechts[23]) und des Pandektenrechts[24]) das alte deutsche Ehrenrecht keinerlei Erwähnung mehr findet, ein Schicksal, welches diese historische Rechtsmaterie freilich in den betreffenden Lehrbüchern wegen des vorwiegenden praktischen Zweckes

[22]) Landsberg, Geschichte d. d. Rechtswissenschaft III 1 S. 242, nennt Estors Werk ein „formloses Konglomerat, welches weder juristischen noch ökonomischen Anforderungen genug tut".

[23]) Vgl. Johann Heinr. Christian v. Selchow, Elementa Iuris Germanici Privati Hodierni, Hannover 1767 (3. Ausg.) §§ 205 ff., 1. Ausg. als Institutiones iurisprudentiae Germanicae, Göttingen 1757. Justus Friedrich Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 5. Ausg. Göttingen 1817 §§ 301 ff. (1. Ausg. 1791).

[24]) Vgl. Joh. August Hellfeld, Iurisprudentia Forensis secundum Pandectarum Ordinem, Jena 1771 (3. Ausg.) §§ 374 ff. (1. Ausg. 1764). Karl Christoph Hofacker, Principia Iuris Civilis Romano-Germanici, Tübingen 1788 §§ 317 ff. Dabelow, Einleitung in die deutsche positive Rechtswissenschaft, Halle 1793 §§ 120 ff.

derselben durchweg auch mit der deutschen Vorgeschichte anderer Rechtsinstitute teilt[25])[26]).

§ 5.
Danz.

Verheissungsvoll klingt es hiergegen wieder, wenn Danz in seinem nach dem System Rundes verfassten „Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts" (1. Ausg. 1796—1801) Bd. III 2. Ausg., Stuttgart 1800, § 301 S. 61 bez. des Ehrenrechtes sagt: „Um in dieser Lehre nicht irre zu gehen und alle Verwirrung zu vermeiden, muss man das ältere und mittlere deutsche Recht von den neueren und jezo geltenden genau unterscheiden. — Von dem ersteren mag hier stehen, was zur Erläuterung des letzteren beitragen kann". — Erinnert dieses Programm an Huth, so ist die Ausführung doch nur eine in gewissem einheitlichen Guss erscheinende Kompilation, namentlich nach Heineccius [1]) und dessen Nachtretern, mit Hineinmengung von

[25]) Runde a. a. O. berücksichtigt jedoch bei solchen anderen Rechtsinstituten mehrfach die ältere deutsche Entwickelung, vgl. z. B. §§ 150 ff., 176 f. a. a. O.

[26]) Es mögen hier noch einige weitere, grösstenteils aus etwas späterer Zeit stammende Schriften genannt werden, in denen man Erörterungen des alten deutschen Ehrenrechtes bzw. Stellungnahme zu unserem Problem erwarten könnte, die aber hierüber nichts enthalten.

Vollständig übergangen ist das Ehrenrecht, sowohl das alte als das moderne, in E. C. Westphals: „Das deutsche und reichsständische Privatrecht", 2 Teile, Leipzig 1783, ebenso in A. G. Goedes: ‚Ius Germanicum Privatum', Göttingen 1806.

Wenigstens das alte Ehrenrecht ist nicht behandelt von Hübner, Über Ehre etc. (vgl. oben § 2 A. 3) 1800, Hagemeister in seiner Abhandlung „Über den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen infamia und der deutschen Ehrlosigkeit" in Hugos zivilistischem Magazin Bd. III (1812) S. 163 ff., Th. Schmalz, Lehrb. des teutschen Privatrechts, Berlin 1818, vgl. § 62 (1. Ausg. Königsberg 1796), C. E. Weisse, Grundriss des teutschen Privatrechts, Leipzig 1832, vgl. S. 19 (1. Ausg. 1817), Gründler, Polemik des germanischen Rechts, Bd. I Merseburg 1832, vgl. § 108.

Eine Stellungnahme zu unserem Problem lässt nicht ersehen F. Ortloff, Grundzüge eines Systems d. Teutschen Privatr., Jena 1828, vgl. S. 197 ff. § 84.

[1]) den Danz übrigens durchaus nicht entsprechend dem Masse, in welchem er ihn benutzt hat, als seine Quelle kenntlich macht, vgl. S. 65 Anm. x a. a. O.

Anschauungen, die bezüglich des modernen Rechts in Geltung standen. Man lese besonders S. 61 a. a. O.: „Vier Tugenden waren es hauptsächlich, deren die Deutschen sich befleissigten: Tapferkeit (fortitudo bellica); Treue (fides); Keuschheit (castitas); Frömmigkeit (pietas). Wer dagegen gröblich sich verging, der fiel in die eigentliche Ehrlosigkeit, die von vielen — infamia maior — genannt wird". Nachdem dieses lediglich systematisch unter Einzelbehandlung der vier Tugenden und durchaus unhistorisch näher ausgeführt ist, heisst es S. 63f.: „Von dieser eigentlichen, bisher entwickelten Ehrlosigkeit aber muss man die von einigen sogenannte — infamiam minorem — wohl unterscheiden. Diese entsprang teils aus einer verächtlichen Lebensart, teils aus unehelicher Geburt.

Um Lohn gedungene Kämpfer (campiones) wie auch herumziehende Spielleute, Gaukler, Seiltänzer, Landfahrer, Schalksnarren, Singer, Reimensprecher und dergleichen wurden für anrüchig gehalten.

Eben dieses gilt von allen unehelich Geborenen".

Interessant ist es nun, wie sich Danz in Ansehung unseres Problems, welches ihm bei seiner Unselbständigkeit natürlich auch nicht zum Bewusstsein kommt, von der Einheitlichkeit des Begriffes der altdeutschen Ehrenminderungen fortbewegt durch die Hineintragung modern-theoretischer Anschauungen in die Darstellung des alten Rechtes. Diese Beeinflussung durch die modern-gemeinrechtliche Theorie[2]) zeigt sich in der Gegenüberstellung der wirklichen Ehrlosigkeit einerseits und der Anrüchigkeit und Verächtlichkeit anderseits, die in den vorerwähnten Sätzen sich noch etwas zurückhält, um so bestimmter aber bei Behandlung der Folgen minderer Ehrenstellung hervortritt. Im Anschluss nämlich an jene Sätze sagt Danz S. 64: „Die wirkliche Ehrlosigkeit zog schreckliche Folgen nach sich". Er erörtert diese des näheren. Dann heisst es weiter: „Nicht so hart wurden die — anrüchigen und verächtlichen Leute — gehalten", was ausgeführt wird. Gleichwohl ist Danz wenigstens teilweise, und zwar im wichtigsten Punkte, bei der Einheitlichkeit der alten Ehrenminderungen

[2]) Vgl. hierzu Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I S. 423 ff.

stehen geblieben, indem er Echt-, Recht- und Ehrlosigkeit identifiziert. Denn nachdem er, wie erwähnt, die schrecklichen Folgen der wirklichen Ehrlosigkeit angekündigt hat, geht er auf diese Folgen ein mit dem sich anschliessenden Satze: „Dergleichen — ächt- und rechtlose Leute — wurden für unfähig erklärt, durch einen Reinigungseid sich von dem Verdachte losmachen zu können, wenn sie eines begangenen Verbrechens halber angeklagt waren“.

Wir haben aber Veranlassung, uns die hiermit berührten Folgen, die Danz einerseits der „wirklichen Ehrlosigkeit“, anderseits der „Anrüchigkeit“ und „Verächtlichkeit“ vindiziert, etwas näher anzusehen. Denn während von der voraufgegangenen Theorie die Wirkungen der dem Grade nach verschiedenen, der Art nach gleichen infamia minor und maior mit voller Klarheit als ein Minus und Plus einander entgegengesetzt waren, sehen wir bei Danz mit dem Abweichen von der Einheitlichkeit der alten Ehrenminderungen, mit der Gegenüberstellung der artverschiedenen ächt- und rechtlosen („wirklich ehrlosen“) Leute und der „anrüchigen und verächtlichen“ Leute die Folgen dieser verschiedenen Ehrherabsetzungen in Unklarheit getaucht, obwohl Danz, wie schon gesagt, die Folgen der Anrüchigkeit und Verächtlichkeit als nicht so hart hinstellt, wie die „schrecklichen“ Folgen der „Ächt- und Rechtlosigkeit“, also jene auch als ein Minus ausgibt. Es lässt sich aber schwer sagen, welche Folgen schrecklicher sind, wenn man sieht, welche von Danz der Ächt- und Rechtlosigkeit und welche der Anrüchigkeit und Verächtlichkeit zugewiesen werden. Erwähnt wurde schon, dass die erstere nach Danz den Reinigungseid nahm. Als weitere Nachteile der ächt- und rechtlosen Leute führt Danz S. 64 auf: „Die richterliche Hilfe wurde ihnen versagt, wenn sie einer empfangenen Beleidigung wegen sich zu beschweren Ursach hatten. Sie konnten keine Ehrenstellen erlangen, keine tüchtige Zeugen abgeben, und hatten sich weder des Anfalles eines Lehens, noch eines ehrbaren und öffentlichen Begräbnisses zu erfreuen“. Dagegen sagt er von den anrüchigen und verächtlichen Leuten: „Diese konnten als Zeugen nicht aufgeführt werden; waren von allen öffentlichen Ehrenstellen und namentlich dem Richteramte ausgeschlossen; konnten

Leben nicht besitzen; Advokaten durften für sie in Gerichten nicht auftreten, und weder sie konnten Wergeld fordern noch durften ihre Verwandten in Ansehung ihrer es verlangen". Also der Ächt- und Rechtlosigkeit soll eigentümlich sein das Fehlen des Reinigungseides, der richterlichen Hilfe gegen Beleidigungen und des ehrlichen Begräbnisses. Dagegen sollen spezifische Folgen der Anrüchigkeit und Verächtlichkeit sein die Entbehrung der Advokaten und des Wergeldes. Im übrigen hat Danz trotz der Verschiedenheit der Ausdrucksweise hüben und drüben keine sachlichen Verschiedenheiten in den Folgen beider Arten von Ehrenminderungen vorgeführt. Bezüglich der Quellenstellen aber, auf welche er sich für die verschiedenen Folgen beider beruft, mag nur hervorgehoben werden, dass Sachsensp. III 16 § 2 die „Advokaten" im Sinne von Danz, die nach ihm lediglich den anrüchigen und verächtlichen Leuten fehlen sollen, gerade den Rechtlosen entzieht: „Rechtlose lüde ne solen nenen vormünden hebben". Und ebenso soll das Wergeld, welches Danz nur den Anrüchigen etc. abspricht, zufolge der von ihm zitierten Stelle Sachsensp. III 45 (§ 11) den unechten (= rechtlosen) Leuten fehlen: „Ane weregelt sin unechte lude".

Alles in allem merkt man bei Danz die grosse Verlegenheit, die angenommene Artverschiedenheit der wirklichen Ehrlosigkeit und der „Anrüchigkeit und Verächtlichkeit" in verschiedenartigen Wirkungen hervortreten zu lassen, eine Verlegenheit, die um deswillen hier festzustellen war, weil sie bei Danz das erste Auftreten einer Erscheinung ist, die sich in der Folgezeit wiederholte, so oft auch der Versuch gemacht wurde, unter Preisgabe der Einheitlichkeit des Begriffes der deutschen Ehrenminderungen unser Problem gewissenhaft und quellenmässig zu lösen.

§ 6.
Günderrode.

Kündigt sich also bei Danz das Abgehen von dieser Einheitlichkeit an, so ist als der Vorbote einer anderen später sich hiermit verquickenden Erscheinung zu erwähnen Hektor Wilhelm von Günderrode. Er hat nämlich in seinen von Posselt herausgegebenen „Sämtlichen Werken" Bd. II, Leipzig 1788, S. 187—196 zuerst, und zwar ohne jede Anknüpfung an die

Früheren, die Ansicht vertreten, dass „die bürgerliche Ehre bey den Teutschen", die er an sich als einheitlichen Oberbegriff voraussetzt, sich erschöpft habe in den Standesvorrechten. Ausfluss dieser Anschauung sind die Sätze auf S. 187 a. a. O.: „Ursprünglich haben alle nicht durch Schandthaten entehrte Menschen gleiche Rechte auf diese allgemeine Achtung. Aber die Ungleichheit der Stände brachte bald auch hierin eine Änderung hervor". Diese sei darauf hinausgelaufen, dass die „bürgerliche Ehre" entsprechend der Bildung der verschiedenen Stände „nach und nach unterschiedene Grade" bekam (S. 189). Zu der sich hieraus ergebenden Ehre der Freien, des niederen und des hohen Adels sei noch die Dienstehre hinzugekommen (S. 191), „die nicht von der Geburt, sondern von dem Amt herrührt" (S. 194). Was Günderrode so, unter Festhaltung eines einheitlichen Oberbegriffes der Ehre und demgemäss auch der Ehrenminderungen (vgl. S. 196), indes durchaus dilettantenhaft, ausführte, ist demnächst mit allen Mitteln der Wissenschaft nach Aufgabe jenes einheitlichen Begriffes für gewisse Arten der alten Ehrenminderungen vertreten worden.

II. Abschnitt.

Die Literatur von Eichhorn bis Phillips.

§ 7.

Eichhorn.

Der erste, der sich nach der vorbezeichneten neuen Richtung hinbewegte, war Karl Friedrich Eichhorn. Er ging in seiner Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Abt. I Göttingen 1808, davon aus, dass „man Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit nicht für ganz gleichbedeutend" nehmen könne (§ 349 S. 932 a. a. O.). Denn nur von denen, welche durch Dieberei und Raub ihr Recht verlieren, brauchten die Rechtsbücher den Ausdruck „ehrlos und rechtlos". Auch beruft sich E. auf Richtsteig Landr. art. 28: „Das wete, dat dit recht geft viflei pin. Tum ersten pineget it so, dat it deme brochaften nimpt sin lif. .... Tume drudden benimpt it

sin recht. Tum virden sine ere. Tum veften benimpt it eme den gemeinen vreden".

Die Ehrlosigkeit glaubte E. sodann vermittelst des Rechtsbegriffes der Ehre bestimmen zu können. Bezüglich des letzteren war ihm massgebend, dass bei Sachen, welche an die Ehre gingen, für Richter, Urteilfinder, Zeugen etc. strengste Standesgleichheit mit dem Angeklagten erforderlich war[1]). Ausserdem zog er das kleine Kaiserrecht heran, das mit dem Ausdruck Ehre ausschliesslich die Standesvorrechte bezeichne. „So wird B. 3 Art. 5 unter der Rubrik ‚von grossen Ehren der Rittern' von der Erblichkeit des niederen Adels gehandelt, und B. 4 Art. 1 ‚von dem Rechte und was sie Ehre haben sollen die Bürgere' von den Vorrechten des Bürgerstandes"[2]). Auf diese Weise kam E. zu der Definition: „Ehre bezeichnet . . . die an sich mit einem besonderen Stande verknüpfte äussere Würde einer Person, und die davon abhängigen Rechte". Hieraus ergab sich für ihn der Begriff der Ehrlosigkeit in folgender Gestalt: „Sofern die Rechtlosigkeit auf die Standesrechte bezogen wird, heisst sie Ehrlosigkeit . . . und wirkt den Verlust der gesamten Standesrechte"[3]). Er belegt dieses durch das kl. Kaiserrecht B. 3 Art. 7, wonach die Ehrlosigkeit sowohl den Ehrlosen selbst als dessen Deszendenz der Vorrechte der Ritterbürtigkeit verlustig mache.

Dahingegen hat E. den entgegengesetzten Begriff der Rechtlosigkeit lediglich durch eine Abstraktion von deren Wirkungen bestimmt. Als solche stellt er die schon von Huth aufgeführten Folgen der infamia minor und maior hin. Er betont höchstens mehr, dass den Rechtlosen Vormünder nicht bloss zu Klage, sondern auch zu Kampf fehlten[4]), macht neu geltend, dass sie unbescholtene Leute mit Kampf nicht bereden konnten[5]). Den Reinigungseid habe die Rechtlosigkeit genommen, wenn sie durch Verbrechen entstanden sei[6]). Man erkennt hier bei Eichhorn innerhalb der Rechtlosigkeit sachlich denselben Gegensatz wieder, wie er früher als zwischen den Wirkungen

[1]) Vgl. § 349 Anm. o, § 348 Anm. g, Ssp. II 12 § 2, Schwsp. (L.) 278.
[2]) § 349 Anm. o. [3]) § 349 Text.
[4]) Ssp. I 48. [5]) Ssp. I 48. [6]) Ssp. I 39.

der infamia minor und maior bestehend hingestellt war. In seiner „Einleitung in das deutsche Privatrecht", Göttingen 1825 2. Ausg. § 83 (1. Ausg. 1823) nennt Eichhorn noch weitere Folgen der Rechtlosigkeit, welche auch die Wirkungen der Huthschen[7]) infamia maxima umfassen. Er sagt daselbst, dass in einzelnen Fällen dem Rechtlosen Ehre, Lehen und Eigentum abgesprochen sei. Dabei hat er im Auge Ssp. I 38 § 2: ‚Die ok jar unde dach in des rikes achte sin, die delt man rechtlos unde verdelt in egen unde len'. Wo die Rechtlosigkeit durch die Acht begründet sei, habe man dem Rechtlosen auf seine Klage das Recht verweigert: ‚Des rikes achteren unde vervesten lüden ne darf neman antwerden, of sie klagen' (Ssp. III 16 § 3). Schliesslich erwähnt E. hier noch, dass der durch die Acht Rechtlose, wenn er sich aus dieser nicht herauszog, friedlos gesprochen wurde[8]). Eichhorn hält also diese Friedloslegung irrigerweise für verschieden von der vorher aus Ssp. I 38 § 2 entnommenen Absprechung von Ehre, Lehen und Eigentum, wie überhaupt seine Auffassung über die Acht als Grund der Rechtlosigkeit noch sehr unklar ist. Immerhin ist hiernach festzustellen, dass, wie bereits Heineccius (oben § 4 nach Anm. 9) die Verhängung der Reichsacht an sich als Grund einer infamia ansah, so auch Eichhorn dieselbe als Grund der Rechtlosigkeit betrachtet.

Die Abstraktion von den so einzeln aufgeführten Wirkungen der Rechtlosigkeit nimmt er in der Rechtsgeschichte § 349 dahin vor, dass durch die Rechtlosigkeit „die mit der Freiheit wesentlich verbundenen Rechte einer Person und andere ihr vermöge derselben zustehende Befugnisse" „vermindert" werden. Zur Erklärung dieser Befugnisse fügt er hinzu: „Denn die Freiheit bezeichnet ausser dem, dass sie gewisse wesentlich mit ihr verbundene Rechte gibt, zugleich den Zustand der allgemeinen Rechtsfähigkeit". Nur vermindert seien die Rechte im Falle der Rechtlosigkeit. Der Ausdruck rechtlos scheine zwar auf den gänzlichen Verlust einer gewissen Klasse von Rechten hinzudeuten: Aber dem Rechtlosen blieben doch noch gewisse wesentliche Freiheitsrechte. Welche diese sein sollen,

[7]) Huth ist aber Eichhorn unbekannt. [8]) Glosse zum Ssp. I 51.

macht E. nicht hinreichend deutlich[9]). Indes führt er einen Katalog der Freiheitsrechte in der Einleitung i. d. d. Privatr. § 48 auf. Auf dieses Verzeichnis bezieht sich die Definition der Rechtlosigkeit in § 83 desselben Werkes. E. sagt hier: „Rechtlosigkeit" „hiess" „nicht die Unfähigkeit, Rechte zu erwerben, zu besitzen und zu verfolgen, sondern ein Zustand, in welchem eine Person aus bestimmten Gründen einzelner Rechte, vornehmlich der wichtigsten Freiheitsrechte (§ 48), entbehrte, mithin ein der römischen Infamie ähnliches Verhältnis". Eine gewisse Verlegenheit Eichhorns, wie er den Begriff der Rechtlosigkeit bestimmen soll, ist m. E. nicht zu verkennen.

Was die Gründe von Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit anlangt, so lässt Eichhorn die Ehrlosigkeit nur durch Verbrechen entstehen. Er beruft sich hierfür auf Ssp. I 40: ‚Sve so trüwelos beredet wert, oder herevlüchtig ut des rikes denste, dem verdelt man sin ere unde sin lenrecht', auf Schwsp. (L.) 41, wonach die, welche wegen Dieberei oder Raub bestraft werden oder sich davon lösen, ehrenlos und rechtlos werden, und schliesslich auf Schwsp. (L.) 278: ‚Daz wir sprechen „an ir ere", daz meinen wir also, ob man einen man an sinen eit sprichet oder an sinui e werch, oder daz man giht er si nuit geloubig, oder daz man in seit von der cristenheit, daz er dui dinc getan habe, diu uncristenlich sint'[10]).

Als Gründe der Rechtlosigkeit stellt Eichhorn ausser der unehelichen Geburt und gewissen Arten einer verächtlichen[11]) Lebensart auch gewisse Verbrechen und Strafen hin, „zu welchen namentlich die Reichsacht und daher auch der Kirchenbann gehört"[12]). Also auch hier zeigt sich, dass er die infamia maxima Huths unter der Rechtlosigkeit mit begreift[13]). Insofern hat Eichhorn die von der früheren Theorie vertretene Einheitlichkeit der alten deutschen Ehrenminderungen noch nicht vollständig aufgegeben.

---

[9]) Vgl. RG. § 349 Anm. b.

[10]) Vgl. Eichhorn, Rechtsgesch. § 349 Anm. l.

[11]) Vgl. oben S. 249.

[12]) Eichhorn, Rechtsgesch. § 349 Text.

[13]) Vgl. oben S. 253 f.

Indem er aber doch die Ehrlosigkeit von der Rechtlosigkeit abtrennt, stellt er noch eine weitere besondere Art einer alten deutschen Ehrenminderung daneben, welche der bisherigen Theorie weder als solche, noch auch als Grad eines einheitlichen Oberbegriffes der Ehrherabsetzung bekannt gewesen war. Es ist dieses der böse Leumund, die Ehrenminderung im eigentlichen Sinne. Denn während durch die Ehrlosigkeit die Ehre als die an sich mit einem besonderen Stande verknüpfte äussere Würde einer Person nebst den davon abhängigen Rechten verloren wird, soll sie durch den bösen Leumund nur vermindert werden. Eichhorn zitiert hierfür Ssp. I 5 § 2: ‚Wif mach mit unkuschheit irs lives ire wifliken ere krenken; ire recht ne verlüst se dar mede nicht noch ir erve'. Jener Ehrverlust vollziehe sich nur durch richterliches Erkenntnis und zur Strafe, diese Ehrenminderung durch kund gewordene verächtliche Handlungen einer Person, insofern die genannte Würde bei anderen Achtung verschafft und diese durch Handlungen, die mit der Würde unvereinbar seien, geschmälert werde. Jedenfalls ist Eichhorn hier beeinflusst durch die gemeinrechtliche Theorie von der infamia iuris und infamia facti[14]). Auffallend ist, dass er auch bei dieser Ehrenminderung festhält an dem Begriff der Ehre als der an sich mit einem besonderen Stande verknüpften äusseren Würde einer Person. Nach der Berufung auf die mitgeteilte Stelle des Sachsenspiegels müsste er also auch das Geschlecht als einen solchen besonderen Stand angesehen haben! In der „Einleitung in das deutsche Privatrecht" § 83 hat Eichhorn übrigens den bösen Leumund als besondere Ehrenminderung für das alte deutsche Recht fallen lassen, jedoch nicht ohne dass er seine frühere Auffassung in den späteren Auflagen seiner Rechtsgeschichte wiederholt hätte[15]) und nicht ohne dass dieselbe weitere Anhänger gefunden hätte.

---

[14]) Vgl. Eichhorn, Einleit. i. d. d. Pr.-R. § 86 ff., insbes. § 90.

[15]) Vgl. Eichhorn, Rechtsgesch., 5. Ausg. Göttingen 1843 II. Teil § 349, der, abgesehen von einer kurzen Anzeige von Buddes inzwischen erschienenen Schrift (vgl. unten den IV. Abschnitt), keine Veränderungen gegenüber der 1. Ausg. enthält.

§ 8.

Marezoll.

Überhaupt aber war die Meinung Eichhorns über die Arten der alten Ehrenminderungen für die Folgezeit von der grössten Bedeutung, namentlich, nachdem Marezoll in seinem Buche „Über die bürgerliche Ehre", Giessen 1824, sie verändert und in erweitertem Gewande von neuem hatte in die Welt gehen lassen [1]). Marezoll verneint zunächst mit aller Bestimmtheit die Einheitlichkeit des Begriffes der mittelalterlichen Ehrenminderungen. Er sagt S. 291: „Einen so allgemein erschöpfenden Begriff und Ausdruck, wie den der römischen existimatio, konnte es schon darum nicht geben, weil es im germanischen Rechte keinen status civitatis gab, der, als Grundlage aller möglichen Rechte im Staate, auch die bürgerliche Würdigkeit zu allen diesen Rechten erteilte". Demgemäss erachtet er die Ausdrücke, die sich im Mittelalter für die verschiedenen Zustände der bürgerlichen Ehre gebildet hätten, als „sehr bestimmt und scharf bezeichnende" (S. 290) [2]). An die Spitze stellt er die „Friedlosigkeit", wennschon er vorausschickt: „Die allgemeine bürgerliche Ehre im ganzen Reiche, oder in einem einzelnen Territorio, oder einer Stadt wird zwar in den Rechtsbüchern erwähnt, scheint aber keinen besonderen technischen Namen gehabt zu haben. Friede oder gemeiner Friede bezeichnet bloss die Hauptwirkung dieser allgemeinen Bürgerehre" (S. 292). Als weitere „Ausdrücke für die verschiedenen Zustände der geschmälerten Ehre" führt er an: „rechtlose, ehrlose, Leute, die ihr Recht verloren haben, bescholtene, besprochene, uneheliche, ohnrechte, unechte, unredliche, berüchtigte, verleumdete, wandelbare Leute usw.". Er bemerkt dazu, dass sie nicht gleich viel

---

[1]) S. 295 Anm. 1 sagt Marezoll selbst, dass er bei der Lehre von der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit in vielen Punkten den Andeutungen von Eichhorn gefolgt sei.

[2]) Er führt dieses darauf zurück, dass im Mittelalter „noch keine juristische Terminologie im Gegensatze der Volkssprache des gemeinen Lebens Statt fand, sondern beide, wie überhaupt das ganze damalige Volks- und Rechtsleben, zusammenflossen".

und dasselbe bedeuteten [3]). „Manche dieser Ausdrücke hatten gar keine bestimmte Beziehung, sondern zeigten nur generell einen Flecken der Ehre an, andere aber hatten eine sehr bestimmte Bedeutung“ (S. 295). Als Ausdrücke letzterer Art behandelt er näher die Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und den übelen Leumund.

Die Friedlosigkeit soll sich nach Marezoll auf die allgemeine Bürgerlichkeit beziehen, dagegen die Rechtlosigkeit auf die Freiheit und die Ehrlosigkeit auf den Stand (vgl. S. 292, 295 ff.). Mit der Friedlosigkeit habe man den „allgemeinen Schutz der Gesetze“ verloren, „den der Staat jedem seiner Bürger und Untertanen ohne Rücksicht auf die Art und den Grund der Freiheit oder des Standes angedeihen lässt“ (S. 292), und zwar den Schutz für Leben, Glieder, Gesundheit, Vermögen, Familienrecht und Ehre (S. 292 f.). Später deutet Marezoll nochmals an, dass in der Friedlosigkeit „die Idee einer völligen Entziehung der allgemeinen bürgerlichen Ehre“ gelegen habe (S. 299 f.).

Die Rechtlosigkeit und die Ehrlosigkeit definiert er im Anschluss an Eichhorn. Wie dieser schon für die Bestimmung der Ehrlosigkeit die Wortbedeutung herangezogen hatte (oben S. 253 nach A. 1), so masst sich Marezoll nunmehr ein Gleiches bezüglich der Rechtlosigkeit an. S. 295 sagt er: „Das Wort Recht in seinen Zusammensetzungen und Beziehungen auf die Ehre bezeichnete im Mittelalter nicht den Inbegriff aller bürgerlichen Rechte und Ehre, sondern nur den Inbegriff gewisser allgemeiner Freiheitsrechte, deren man verlustig gehen konnte, ohne darum alle Freiheitsrechte, oder gar allen Schutz der Gesetze zu verlieren. Daher ist rechtlos ein solcher, der diese bestimmten Freiheitsrechte entbehrt, und von ihm wird ausdrücklich gesagt, dass er sein Recht verloren habe“. Es

[3]) Ebensowenig, wie die Bezeichnungen für diejenigen, welche an ihrer bürgerlichen Ehre noch keinen Flecken hatten und welche darum gehörten „zu den biederen, oder biderben, unbescholtenen, guten, ehelichen (d. h. hier ehrlichen), vollkommenen, ehrbaren, rechten, unbesprochenen, unberüchtigten, nicht gebalemundeten oder verleymeten, unwandelbaren Leuten. Alle diese Ausdrücke beziehen sich auf die Abwesenheit irgendeiner mehr oder weniger bestimmten Ehrenschmälerung“, S. 294 f. a. a. O.

kehrt hier lediglich der Eichhornsche Rechtlosigkeitsbegriff wieder. Das Neue ist nur, dass Marezoll diesen schon in dem Worte „Rechtlosigkeit" finden will, freilich ohne dazu irgendwelche Belege beizubringen. Sicherlich wäre dieses auch wohl unmöglich gewesen. Denn ganz offenbar hat Marezoll hier nicht aus dem Worte Recht den Begriff der Rechtlosigkeit gewonnen, vielmehr hat er eine dem Eichhornschen Begriffe derselben entsprechende Bedeutung in das Wort Recht hineingetragen. Immerhin aber hat sein Vorgehen in der Folgezeit eine gewisse Anregung geboten (vgl. unten § 18).

Mit Bezug darauf, dass nach dem Kl. Kaiserrecht B. 3 art. 7 derjenige, welcher seine Ehre verliere, auch seinen nun ebenfalls zu dem geringeren Stande gehörenden Nachkommen schade[4]), betont Marezoll gegensätzlich, dass, wer bloss rechtlos werde, es nur für seine Person werde. Seine Rechtlosigkeit schade den Nachkommen nicht, die wenigen (bekannten) Fälle abgerechnet, in welchen nach ausdrücklicher Vorschrift der Grund der Rechtlosigkeit in der Abstammung von gewissen rechtlosen Personen liege (S. 301).

Die Rechtlosigkeit der unehelichen Kinder sei auch mit Erblosigkeit im Verhältnis zu den Eltern und deren Verwandten verbunden gewesen, und zwar sowohl mit aktiver als passiver Erblosigkeit, freilich nur soweit es sich um Beerbung ab intestato gehandelt habe. Durch Zuwendung auf den Todesfall sowie inter vivos hätten sie vom Vater wenigstens fahrende Habe erwerben können, es sei denn, dass sie im Ehebruche oder Inzest erzeugt seien. Was sie hinwieder aus dem väterlichen Vermögen erhalten hätten, habe ihnen von den ehelichen Kindern des Vaters weggenommen werden können[5]).

---

[4]) Vgl. oben S. 253 nach Anm. 3.

[5]) Lex Sal. (Geffcken) 13 § II, Ssp. I 51, Schwsp. (L.) 41 u. 377, I: „Hat ein man der ledic ist kint bi einr ledigen frowen. und nimt dar nach ein ewip. und gewint ekint bi ir. swaz er den ledigen kinden git mit gesundem libe daz mugen in diu ekint nimer genemen. hat erz aber bi einem ewibe oder bi einr ledigen. und ist er selbe ein eman. so heizet ez ein hůr kint. und kan im der vater mit nihtiu kein gůt gestaeten. im nemenz diu ekint mit rehte wol". Lüb. R. (d. h. die zuerst i. J. 1586 gedruckten revidierten Statuten) II 2 art. 9. Vgl. auch das alte Lübische Recht bei Hach S. 249.

Auch der übele Leumund ist bei Marezoll wie bei Eichhorn blosse Kränkung der Ehre (S. 314 f.). Als quellenmässige Bezeichnungen dafür nennt Marezoll ausser „verleumdet“ und dessen Abwandlungen auch das Wort „vermailigt“, sich beziehend auf Laienspiegel P. III p. 8: „Als ein guter Leymund, zu latein genannt fama, ein unvermailigter standt aus gute sitten und wesen verstanden, also mag auch ein unleumandt, wider den die eins zerstreuten verruichten und unordentlichen lebens, nicht gottesfürchtig, sondern eines vermailigten standtes und guter sitten, wesens und wandels verworffen . . .“ [6]). Das Gegenteil des übelen Leumundes sei der unbescholtene Ruf gewesen. Wer diesen genoss, den habe man „unwandelbar“ genannt, d. h. man habe ihm kein Verbrechen oder sonstige Schlechtigkeit vorwerfen können. Kaiserrecht B. 4 Cap. 22 (= Ausg. Endemann B. 4 C. 16) bestimmt: ‚eyn man daz nymant keyne clage mag von eme thun, daz her eme sin gut habe entphurt, oder ander bosheit habe gethan, dy noch bösser sin, wan her sol sin eyn man sunder wandel‘ [7]). Die Wirkungen des übelen Leumundes berührt M. noch, indem er bemerkt, dass im älteren Rechte „bei verschiedenen Gelegenheiten“ darauf „Rücksicht genommen wurde“. Man sehe dieses „aus mehreren gelegentlichen Äusserungen der Rechtsbücher“. So habe der wandelbare Mann nicht in des Reiches Gnade aufgenommen werden [8]) und nicht an des Kaisers Statt richten können [9]) (S. 315 f.).

Marezoll gedenkt aber noch einer anderen Bedeutung des Ausdrucks „verleumdet“. Dieser bezeichne nämlich „auch

---

[6]) = Strassburger Ausg. d. Laienspiegels v. 1538 S. 115, Strassb. Ausg. v. 1550 S. 115 tit. „Von unleumbden“.

[7]) „Wandel heisst also hier, wie sich das noch bei Tieren in der Wandelklage erhalten hat, ein Fehler, Vergehen“. Die Verweisung auf die Wandelklage ist einigermassen irrig. Denn bei dieser ist Wandel Rückgang, was auch die ursprüngliche Bedeutung ist; vgl. Kluge, Etymologisches Wörterbuch. M. E. hat sich die Bedeutung „Fehler“ etc. aus der Rückgängigmachung, der Sühne des Fehlers ergeben.

[8]) Kl. Kaiserrecht B. 4, Cap. 22 (= Ausgabe Endemann B. 4. C. 16).

[9]) Marezoll spricht übrigens davon, dass diese Rechtsvorteile die Unwandelbarkeit voraussetzten. Es ist dasselbe, wenn ich im Interesse der Einheitlichkeit der Darstellung die Negative der Rechtsvorteile als von Marezoll hingestellte Wirkungen des schlechten Leumundes bezeichne.

vorzüglich denjenigen, der schon früher begangener Verbrechen verdächtig ist und darum mit weniger Schonung bei Kriminaluntersuchungen behandelt wird [10]). Es hängt das wahrscheinlich mit dem zusammen, was noch in der PGO. Karls V. sich, aber freilich dort mit ganz anderen Bestimmungen, in dem Ausdrucke: ein verleumdeter Dieb, erhalten hat" [11]).

Die Erörterung des Eichhorn-Marezollschen Leumundbegriffes brachte bereits ein Eingehen auf die Gründe des übelen Leumundes mit sich. Was im übrigen die Gründe der in Rede stehenden Ehrenminderungen anlangt, so lehrt Marezoll, dass die Friedlosigkeit nur als Folge der Acht habe eintreten können (S. 294). Bezüglich der Gründe der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit folgt er im allgemeinen Eichhorn. Nur einige wenige andere Gesichtspunkte zieht er heran:

Nachdem er von dem im Sachsenspiegel genannten Rechtlosigkeit hervorrufenden Gewerbe der Kämpfer, Spielleute etc. gesprochen hat, sagt er, offenbar an die Fülle der unehrlichen Gewerbe in der neueren Zeit denkend: „Es mögen nun zwar schon sehr früh in Deutschland gewisse Vorurteile in der Volksmeinung sich noch gegen gewisse andere Gewerbe und Stände gebildet und in mancherlei gesetzlichen Vorschriften Nahrung gefunden haben. Namentlich wird uns berichtet, dass alle, welche diese Gewerbe trieben, ja! sogar ihre Kinder, wegen des gegen sie herrschenden Vorurteils, zu keiner dignitas ecclesiastica gelangen konnten" [12]) (S. 305) [13]).

Ausserdem führt Marezoll, wie Eichhorn, auch gewisse Verbrechen und Strafen als Gründe der Rechtlosigkeit auf. In

[10]) Schwsp., v. d. Lahr Cap. 211 = L.(assberg) 226.

[11]) C. C. C. art. 162.

[12]) Hierfür zitiert Marezoll: Monachus St. Gall. in Vita Caroli magni Lib. I c. 8 apud Canisium (Canisius, Antiquae Lectionis Tom. I, Ingolstadt 1601, p. 367: ‚fuerunt in eius (i. e. Caroli) schola duo molinariorum filii de familia sancti Columbani, quos quod non congruit ad Episcopiorum vel Coenobiorum regimen sublevari, tamen per merita, ut creditur, Magistri sui, Praeposituram Babiensis Monasterii unus post unum strenuissime gubernaverunt‘. Monachus Sangallensis schreibt dieses i. J. 883, vgl. Wattenbach, Deutschlands Geschichtsquellen, Bd. I 7. Aufl. S. 207. Heute zu vergl. die Ausg. v. Pertz, Mon. Germ. II p. 726 sqq.).

[13]) Vgl. oben S. 241 vor Anm. 6.

beiden Fällen sei regelmässig mit der Rechtlosigkeit auch Ehrlosigkeit verbunden gewesen. Eichhorn hatte dieses für die Strafen gar nicht und für die Verbrechen nicht so bestimmt zum Ausdruck gebracht.

Bezüglich der einzelnen hierher gehörigen Verbrechen folgt Marezoll vornehmlich den Quellenmitteilungen Eichhorns [14]). So nennt er ausser Raub und Diebstahl die Treulosigkeit. Letztere fasst er in weitem Sinne auf. Sie begreife auch Eidesbruch, Fälschungen und Betrug in sich, die alle ehrlos bzw. rechtlos machten. Dabei erwähnt er wieder die schon von Huth herangezogenen periuri, fallaces et pecuniarum acceptores der lex Alem. c. 42 § 1. Zur Treulosigkeit im allgemeinen gehöre, eventuell eine besondere Entstehungsart der Ehr- und Rechtlosigkeit bilde die Nichterfüllung eines Versprechens, welches man unter der Bedingung abgegeben habe, im Nichterfüllungsfalle rechtlos und ehrlos sein zu wollen. Als Beispiel erwähnt M. aus einer Urkunde Walters von Limburg von 1237 (bei Ludewig Erl. d. goldn. Bulle tom. II p. 794) die Stelle: ‚Obligans me, quod si contra aliqua praedictorum fecero, ex nunc sim exlex, quod in vulgari dicitur ehrlos und rechtlos‘ (S. 312—314).

Zu den Strafen, die zur Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit führten, rechnet M. wie Eichhorn auch die Reichsacht. Wir haben gesehen, dass Heineccius [15]) und dann weniger bestimmt und klar Eichhorn [16]) die Auffassung kund gaben, die Verhängung der Reichsacht habe unmittelbar infamia bzw. Rechtlosigkeit im Gefolge gehabt. Gegen Eichhorn wendet sich nun Marezoll. Er sagt, vielleicht beeinflusst von Huth [17]), unter Berufung auf Sachsensp. I 38 (§ 2): „Keine blosse Verfestung, Acht an sich, nicht einmal die Reichsacht, hatte gleich Rechtlosigkeit des Geächteten zur Folge, sondern nur, wer Jahr und Tag in des Reiches Acht geblieben war, ohne sich herauszuziehen, wurde dadurch rechtlos“ (S. 308). Da der Begriff der infamia ein anderer war als der der Rechtlosigkeit, so steht Marezoll nicht in gleicher Weise Heineccius gegenüber. Denn er fügt zu dem

[14]) Oben S. 255 vor Anm. 10.
[15]) Vgl. oben S. 243 nach Anm. 9.
[16]) Vgl. oben S. 254 bei Anm. 8.
[17]) Vgl. oben S. 234 bei Anm. 20.

eben genannten Satze hinzu: „Indessen knüpften sich allerdings auch schon an die blosse gewöhnliche Acht für den Geächteten mancherlei Entziehungen von bürgerlichen Ehren“. Man kann sogar sagen, dass er hiermit in der Richtung der Heinecciusschen Ansicht noch über diese hinausgeht. Denn Heineccius hatte bei der Proskription, an die sich unmittelbar die infamia knüpfen sollte, nur die Reichsacht im Auge, während Marezoll unter der „blossen gewöhnlichen Acht“ ja schon die Verfestung versteht. Als Ehrenminderungen, welche diese im Gefolge hatte, stellt er zusammen die Befugnis eines jeden, den Verfesteten zu greifen, vor Gericht zu stellen, im Falle der Widersetzung ihn zu verwunden ev. ihn zu töten[18]), die schon von Eichhorn[19]) erwähnte Befugnis des Beklagten zur Antwortverweigerung gegenüber der Klage des Geächteten (Verfesteten)[20]), das unter der Strafe der Talion an jedermann gerichtete Verbot, den Geächteten zu schützen[21]), schliesslich den Eintritt des Kirchenbannes für den Geächteten nach 6 Wochen bzw. im Falle des Strassenraubes nach 14 Tagen[22]) (S. 308, 309).

Aber, wie gesagt, alle diese durch die Acht (Verfestung) bewirkten Ehrenminderungen stellen nach Marezoll noch nicht Rechtlosigkeit dar. Solche entstehe erst mit der Oberacht, die eben eintrete, wenn die Reichsacht Jahr und Tag gedauert habe. Da nun aber der Zustand der Oberacht gleichbedeutend mit der Friedlosigkeit und diese ein härteres Übel als die Rechtlosigkeit gewesen sei, so sei „letztere gewissermassen, solange die erstere noch fortdauerte, in derselben aufgegangen“. „Dass aber dennoch in den Landrechten so oft nur die Rechtlosigkeit als Folge der Oberacht erwähnt wird, das hängt so zusammen. Der durch die Ächtung Friedlose konnte noch zu jeder Zeit den gemeinen Frieden wieder erwerben, indem er sich aus der Acht herauszog. Allein sein Recht blieb für ihn verloren, d. h. er war nun dennoch für alle Zukunft rechtlos“. Hierzu führt M. an die Variante von Sachsensp. 1 art. 38: ‚We aver jar unde dach in des rikes achte is, unde eme na der

[18]) Schwsp., Ausg. v. d. Lahr 154 = L. 252.
[19]) Oben S. 254. [20]) Ssp. III 16.
[21]) Schwsp. (Lahr) 153, vgl. auch 158 = L. 137 c. bzw. 283.
[22]) Schwsp. (Lahr) 163 § 8 = L. 43.

jartale vordeilet wert echt und recht, uth der achte mach he sik den noch theen, so dat eme met der achte neman sin lif nemen ne mach. In sin recht kan he aver nicht wederkomen' [23]).

Indem so Marezoll in der Preisgabe eines einheitlichen Begriffes der Ehrenminderungen seither am weitesten gegangen war, konnte er doch andererseits nicht umhin, das Vorhandensein von mancherlei Verbindungsfäden zwischen den angenommenen verschiedenen Arten von Ehrenminderungen zuzugestehen. Dahin gehört schon der oben berührte Zusammenhang zwischen der Friedlosigkeit und der Rechtlosigkeit. Auf ihn macht er an anderer Stelle (S. 294) noch ausdrücklich aufmerksam. Er erwähnt das Vorkommen der verbundenen bzw. gleichgestellten Ausdrücke: „rechtlos und friedlos“ (S. 298) sowie „rechtlos und echtlos“. Ebenso träten verbunden auf „rechtlos und treulos“ sowie namentlich „rechtlos und ehrlos“ (S. 299). Freilich „nur zufällig, nicht aber immer und notwendig, geht mit dem Rechte auch die Ehre verloren“ (S. 299), nämlich, wie schon erwähnt, nur im Falle von Verbrechen und Strafen (S. 305). Dann soll also Verlust der allgemeinen Freiheitsrechte und der besonderen Standesrechte zusammentreffen. Von diesen Folgen der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit ausgehend, gelangt E. aber mit logischer Notwendigkeit sogar zu einer gewissen Wiederverschmelzung der beiden Institute. Auf S. 314 sagt er: „Wer rechtlos oder ehrlos war, blieb es in der Regel ewig, und, da es mit den Standesrechten zusammenhängt, so konnte man wohl nur etwa durch kaiserliche Begnadigung aus diesem Zustande gezogen werden“. Also nicht bloss die Ehrlosigkeit, sondern auch die Rechtlosigkeit soll sich auf Standesrechte beziehen. In der Tat eine unabweisbare Folgerung, wenn man einmal die Rechtlosigkeit als Verlust gewisser allgemeiner Freiheitsrechte auffasst. Ja, Marezoll hat sogar Bedenken, ob die Rechtlosigkeit nicht auch auf den Stand der Unfreien sich erstrecke. S. 295 Anm. 2 bemerkt er, dass Sachsensp. II 19 Schwierigkeiten mache, die Rechtlosigkeit als Verlust von Freiheitsrechten aufzufassen. Es heisst hier in § 2: „Die herre mut wol ut nemen enes sinen

[23]) Vgl. Homeyer, Ssp. I (1861) S. 194.

man, svenne he verdelt is, of he dat geweren darn uppe den hilgen, dat he sin inboren egen si, unde dat he der dat unscüldich si, dar he mede beklaget is. So blift jene erenlos unde rechtlos." Hier werde auch von einem eigenen Manne gesagt, er werde ehrlos und rechtlos. Marezoll glaubt die Schwierigkeit entweder dadurch lösen zu können, dass hier unter dem „eigenen Manne" wohl nicht ein Unfreier, sondern wie oft, ein Ministeriale zu verstehen sei, oder dadurch, dass nachherige Freilassung, d. h. Freilassung vor Eintritt der Ehrlosigkeit bzw. Rechtlosigkeit vorauszusetzen sei. Keiner dieser Lösungen kann man zustimmen [24]). Marezoll hat vielmehr durch den Hinweis auf jene Stelle die Krankheit seiner Theorie selbst vor Augen gerückt. Jedenfalls ist er, nachdem er von der Einheitlichkeit der Ehrenminderungen abgegangen ist, in einer ähnlichen Verlegenheit, wie wir sie früher bei Danz kennen gelernt haben (oben S. 251). Er weiss eben nicht die Verschiedenartigkeit von Friedlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit und namentlich der letzteren beiden durchzuführen. Vielmehr gelangt er, im Kreise sich bewegend, bedenklich nahe wieder an jene Einheitlichkeit heran. Und zwar nähert er sich wieder der Ansicht Günderrodes, nach welcher alle Ehrenminderung Verlust der Standesvorrechte sein sollte (oben S. 252) [25]).

§ 9.

Mittermaiers ältere Ansicht.

Einerseits durch Eichhorn und Marezoll, andererseits durch die ältere Theorie ist beeinflusst Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Landshut 1830 (4. Ausg.) S. 243 ff. §§ 93 ff. (1. Ausg. Heidelberg 1824; 2. Ausg. Landshut 1826). Auch er trennt, wie Marezoll, Friedlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, um doch wiederum einen Zusammenhang wenigstens zwischen den letzteren beiden zuzugestehen.

Die Friedlosigkeit nimmt sich bei ihm höchst unbestimmt aus: „Da der Ausdruck: ‚Friede' im deutschen Rechte selbst

[24]) So auch Budde a. a. O. (unten IV. Abschnitt).

[25]) Annahme der Meinung Eichhorns über Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit ist auch deutlich erkennbar in der Auswahl und Anordnung der Quellenstellen bei C. F. Dieck, Gesch. des deutschen Privatr., Halle 1826, S. 46 f. § 96 f.

verschiedene Bedeutungen hatte, und es verschiedene Arten des Friedens gab, so kommt auch das Wort: ‚friedlos‘ in sehr verschiedenem Sinne vor“ (S. 245 a. a. O.).

Die Rechtlosigkeit finde sich in zweifacher Bedeutung, nämlich „1. gleichbedeutend mit unserem Worte Anrüchigkeit in so ferne jemand wegen gewisser Lebensweise oder gewisser Gewerbe oder wegen eines Makels der Geburt die einem angesessenen Vollfreien zustehenden Rechte in der Gemeinde, insbesondere auch das Recht, für andere bei Gericht aufzutreten, verlor, oder 2. als strengere Rechtlosigkeit, welche, als Folge gewisser Strafen oder auch bloss gewisser Verbrechen eintretend, Vorrechte, die der Vollfreie in seinen eigenen Angelegenheiten bei Gericht hatte, entzog, und insbesondere auf das Wehrgeld und den Verlust des Rechtes zum Reinigungseide wirkte“ (S. 243 a. a. O.). Wer wollte es verkennen, dass hier der Eichhornsche Begriff der Rechtlosigkeit mit der infamia minor und maior Huths in Verbindung gebracht ist!, worin ja aber Eichhorn selbst bereits in etwa vorangegangen war (oben S. 253 f.). Auch der unten § 12 zu erörternde Phillipssche Begriff der Rechtlosigkeit = Gerichtslosigkeit, der später die Meinung Mittermaiers in erster Linie bestimmt (vgl. unten § 13), steht bereits im Hintergrunde [1]).

Die Ehrlosigkeit soll ebenfalls zweifache Bedeutung gehabt haben: „1. als der Zustand, wodurch jemand die Standesehre und die daran geknüpften Standesrechte verlor, . . . wo vorzüglich der Bruch eines unter Verpfändung der Ehre eingegangenen Vertrages Ehrlosigkeit begründete, 2. in so ferne sie aus gewissen, und zwar vorzüglich solchen Verbrechen entstand, welche eine Treulosigkeit enthielten, und dann ausser den Wirkungen der Rechtlosigkeit auch noch die Standesehre mit allen ihren Vorrechten aufhob“ (S. 244 f.). Mittermaier hat hier also die von Marezoll fortentwickelte Eichhornsche Meinung (vgl. oben S. 262) zerlegt in den ursprünglichen Eichhornschen Bestand (Nr. 2) und die Marezollsche Zutat (Nr. 1) und diese beiden Teile zu seiner eigenen Theorie veramalgamiert.

[1]) Die erste Auflage der Phillippsschen „Grundsätze des . . . deutschen Privatrechts“ ist v. J. 1828.

Mit Nr. 2 berührt M. schon einen Zusammenhang zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit. S. 243 und S. 244 gibt er ausserdem zu, dass beide Ausdrücke oft gleichbedeutend gebraucht werden. Eine Verbindung zwischen ihnen klingt auch an in dem freilich sehr mysteriösen Einleitungssatze § 93: „Die Ausdrücke: Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit stehen im Zusammenhang mit den Verhältnissen von Freiheit, höchster Rechtsfähigkeit, Ehre, Recht".

§ 10.
Weiske.

Wir sahen, dass Marezoll, die Verschiedenartigkeit der Ehrenminderungen vertretend, doch wiederum der Ansicht Günderrodes nahe gekommen war, nach welcher alle Ehrenminderung Verlust von Standesrechten sein sollte. Ganz dieselbe Erscheinung lässt sich in verstärktem Masse beobachten bei Julius Weiske. In „Grundsätze des teutschen Privatrechts nach dem Sachsenspiegel", Leipzig 1826, behandelt er in §§ 1 und 2 (S. 1—8) die Rechtlosigkeit, d. i. den Zustand derjenigen Personen, die nicht im Besitze aller Rechte sind, die einem an seinem Rechte Vollkommenen zustehen. Die Ehrherabsetzung hat er hier nicht in den Vordergrund gestellt. Jene Rechtlosen teilt er in drei Gruppen, die Echtlosen, die Rechtlosen im engeren Sinne und die Ehrlosen.

„Echtlose sind diejenigen, welche Jahr und Tag in der Reichsacht sich befinden". Über die Vorstadien der Reichsacht im Falle der Verfestung bringt Weiske Neues nur insofern, als er die Auffassung äussert, dass der Verfestete durch seine Widerspenstigkeit in einen verdächtigen Zustand versetzt sei, und als er mitteilt, dass derselbe gemäss Ssp. II 63 auch schon zeugnisunfähig gewesen sei (vgl. oben S. 254 und 263). Die Gründe der Rechtlosigkeit (i. e. S.) bestimmt W. nach Eichhorn mit dem Unterschiede, dass er zufolge der Verselbständigung der Echtlosigkeit die Reichsacht natürlich von den Gründen der Rechtlosigkeit i. e. S. ausscheiden musste. Als Gründe der Ehrlosigkeit nennt W. S. 4 ebenfalls wie Eichhorn: Treubruch, Heeresflucht und Keuschheitsverletzung der Frau.

Von den Wirkungen der Echtlosigkeit spricht er im § 1 zunächst nicht. Dagegen bestimmt er hier die Folgen der Rechtlosigkeit i. e. S. und der Ehrlosigkeit nach Eichhorn. Die erstere bezieht er „auf den Verlust von Rechten im allgemeinen als Mensch und Bürger", die letztere „auf den Verlust der Rechte eines besonderen Standes".

Alsbald zeigt sich aber auch die Verlegenheit, die Verschiedenartigkeit der Wirkungen von Rechtlosigkeit i. e. S. und Ehrlosigkeit durchzuführen. Sie äussert sich in dem Satze: „Es kann nun zwar die Rechtlosigkeit ebenfalls die Rechte und Ehre eines besonderen Standes antasten, doch ist dies nicht ihre nächste Folge, indem sie allgemeiner wirkt, und umgekehrt kann die Ehrlosigkeit auch sich weiter erstrecken, doch muss man dann diese ausgedehnteren Wirkungen als erst zu dem Begriffe der Ehrlosigkeit hinzutretend annehmen". Noch viel deutlicher aber tritt jene Verlegenheit hervor im § 2 a. a. O., der betitelt ist „Folgen der Rechtlosigkeit", d. h. der R. im weiteren Sinne. Hier werden die Folgen der R. i. e. S. und der Ehrlosigkeit überhaupt nicht mehr unterschieden. Als zusammengeflossene Wirkungen beider nennt W. die bekannten „Zeugenunfähigkeit, Unzulässigkeit zur Führung öffentlicher Ämter (Schöffen, Vorsprecher), Nichtgestattung eines Vormundes" im Gericht oder Kampf, Verbot der Vormundschaft für andere, das Recht Freier und Edler zur Zweikampfsverweigerung, Verlust des Wergeldes etc. Eine besondere Folge der Rechtlosigkeit (i. e. S.) der unehelichen Kinder, ihre Erblosigkeit, führt er darauf zurück, dass bei ihnen der Grund der Erbfähigkeit, „nämlich das gesetzliche Familienband, wegfällt, die Rechtlosigkeit im allgemeinen aber Familienverhältnisse unangetastet lässt" (S. 6). Es ist dieses eine zutreffende Ausführung des Marezollschen Gedankens, dass mit der (eine Ehrherabsetzung darstellenden) Rechtlosigkeit der unehelichen Kinder die Erblosigkeit nur verbunden gewesen sei (vgl. oben S. 259). Zu Marezolls Feststellungen über die Erblosigkeit der unehelichen Kinder fügt W. weiter hinzu, dass Ehegatten, von denen der eine unehelich geboren sei, untereinander keine Erbrechte ausübten; Verm. Ssp. I c. 15 d. 6 bei Ortloff, Rechtsbuch nach Distinktionen I c. 21 d. V: „Eyn elich man,

ab her had eyn wip, daz unelich geborn ist, der erbe en mag her nicht genemen. Dazselbe mag eyn elich wip, ab sy eynen unelichen man genommen had, des erbe en mag sy ouch nicht genemen" (Weiske a. a. O. S. 6 f.)[1]).

„Ausser den angegebenen Wirkungen der Rechtlosigkeit (d. h. natürlich abgesehen von der Erblosigkeit der unehelichen Kinder) treffen den Echtlosen noch folgende: treten sie als Kläger vor Gericht auf, so antwortet man auf ihre Klage nicht[2]), sie selbst können auch durch den Eid nichts erweisen, und sie kann man dagegen als Beklagte selbst an aussergerichtlichen Tagen belangen[3]), doch nicht verurteilen lassen. Ihre bürgerliche Freiheit ist beschränkt, indem ihnen eine gesetzmässige Ehe einzugehen verboten ist[4]), ja sie sogar gefangen gesetzt werden können[5]). Ihr Eigentum verlieren sie so wie ihr Lehen[6]). „Eigentümlich ist hier namentlich, dass der Verlust des Reinigungseides lediglich die Geächteten getroffen haben soll, was ja aber bekanntermassen irrig ist. Interessant ist auch die Hervorhebung, dass die Rechtlosen in der „bürgerlichen Freiheit" beschränkt seien. Denn von dem Punkte aus, der in der Bestimmung der Rechtlosigkeit i. e. S. als des Verlustes von Rechten im allgemeinen als Mensch und Bürger, also in der Bestimmung der Rechtlosigkeit als des nur anders gefassten Eichhornschen „Verlustes gewisser wesentlicher allgemeiner Freiheitsrechte" besteht, und weiter über die Gedankenetappe hinweg, die sich aus der schliesslichen Ununterscheidbarkeit der Wirkungen von Rechtlosigkeit i. e. S. und Ehrlosigkeit ergeben musste, und endlich über den Punkt, der mit der Auffassung der Echtlosigkeit auch als Beschränkung der bürgerlichen Freiheit erreicht wurde, musste der Weg eigentlich mit Notwendigkeit hinführen zu dem dann allerdings vor die Einteilung in die drei Kategorien gestellten Satze: „Alle im Staate lebenden Menschen sind entweder im vollen Besitze aller Rechte oder nicht. Unter den letzteren hat man nun solche zu verstehen, denen vermöge der Geburt, un-

---

[1]) Vgl. aber unten § 26. [2]) Ssp. III 16 § 3.
[3]) Ssp. III 17. [4]) Ssp. I 51. [5]) Ssp. III 63 § 3.
[6]) Ssp. I 38.

edler Beschäftigung oder gesetzlicher Bestimmung ein Teil der Rechte des freien Teutschen entzogen worden ist, und diese heissen Rechtlose im allgemeinen; sie kann man wieder dreifach abstufen". (Es folgen dann jene 3 Kategorien: Echtlose, Rechtlose i. e. S. und Ehrlose.) Hiermit ist W. aber wieder mitten in die Einheitlichkeit der Ehrenminderungen hineingeraten. Wie mit Zaubermacht ist er dahin zurückgezogen, ohne es selbst zu merken, während er dem Ziele der Verschiedenartigkeit zustrebte.

Erscheint hier jene Einheitlichkeit, zu deren Verkünder Weiske trotz anderen Willens hat werden müssen, vornehmlich im Gewande des Eichhornschen Begriffes der Rechtlosigkeit, so hat W. später mit vollem Bewusstsein dieselbe Einheitlichkeit gelehrt, indem er sie zunächst in den Ehrlosigkeitsbegriff Eichhorns einkleidete, und zwar in seinem Rechtslexikon Bd. 3, Leipzig 1841 (S. 623 a. v. Ehrlosigkeit). Er führt hier aus, dass die Ehrlosigkeit im Sinne des Verlustes der äusseren Würde und Rechte des Standes eintrat als Folge der gemeinen und schweren Verbrechen, welche zu Hals und Hand oder zu Haut und Haar bestraft wurden, sofern nur die Begehung des Verbrechens unzweifelhaft feststand. „Daher wurde schon derjenige ehrlos, der seinen Leib, Haut oder Haar löste, weil darin füglich ein Eingeständnis der Verbrechen gefunden werden konnte. . . . Auch wurde der Räuber oder Dieb ehrlos, der zwar nicht bestraft, aber doch gerichtlich überführt war, das Entwendete unfreiwillig ersetzt oder wiedergegeben zu haben [7]). Im allgemeinen wurde jeder ehrlos, der Jahr und Tag in des Reiches Acht blieb, ohne sich herauszuziehen. . . . Es lag aber gegen denjenigen, der sich nicht aus der Acht herauszog, die begründete Vermutung vor, dass er wirklich das Verbrechen begangen habe, wegen dessen die Acht über ihn verhängt worden war. In gleicher Weise musste aber das wirkliche Erleiden der Strafe die Ehrlosigkeit nach sich ziehen, da eben auch darin ein Beweis lag, dass der Bestrafte das Verbrechen wirklich begangen (?)" Ohne weiteres ist klar, dass Fälle, die Eichhorn und Marezoll der Kategorie

[7]) Ssp. I 38.

der Rechtlosigkeit zugewiesen hatten bzw. auch der von Marezoll verselbständigte Fall der Friedlosigkeit hier als Fälle der Ehrlosigkeit hingestellt sind. Der hiermit vollzogenen Verschmelzung der von jenen Beiden getrennten Ehrenminderungen leiht Weiske weiter folgende Worte: „Die regelmässige Wirkung der Ehrlosigkeit war, dass der Ehrlose rechtlos wurde, weshalb auch in den Quellen die Ausdrücke ehrlos und rechtlos häufig nebeneinander stehen. Rechtlosigkeit aber bedeutete nicht die Entziehung sämtlicher Rechte, welche überhaupt einem Menschen zustehen können, so dass der Rechtlose gänzlich ausser dem Schutze der Gesetze gestanden hätte, sondern nur den Verlust gewisser, mit der Würde des freien Mannes in Verbindung stehender Rechte, deren aus nahe liegenden Gründen derjenige, der seiner Ehre verlustig geworden war, nicht mehr würdig erachtet werden konnte". Ich will nicht verhehlen, dass ich diese Auffassung des Verhältnisses von Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit für die einzig richtige halte, worauf ich allerdings hier nicht näher eingehen kann. Die Rechtlosigkeit ist nur die Kehrseite der Ehrlosigkeit. Ehrherabsetzung ist auch im mittelalterlichen Rechte Wertsherabsetzung, die ihren Ausdruck findet in Rechtsherabsetzung. So hat die Rechtsminderung gegenüber der Ehrenminderung nur sekundäre Bedeutung. Doch zurück zu Weiske. Seine ebengenannte zutreffende Ansicht ist unverkennbar beeinflusst durch Marezoll (vgl. oben S. 258), den er übrigens auch vornehmlich zitiert. Im Grunde hat Weiske dem Zusammenhang zwischen den verschiedenen Ehrenminderungen, der sich schon an Marezoll so wirksam herangedrängt hatte (vgl. oben S. 264), nunmehr nur gerade ins Gesicht gesehen, was Marezoll und auch Weiske selbst früher unter dem faszinierenden Einflusse Eichhorns noch nicht gewagt hatte. So ist Weiske eigentlich vollständig zur Meinung Günderrodes zurückgelangt.

Übrigens hat er im Rechtslexikon nicht bloss die beiden Eichhornschen Begriffe der Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit ineinander übergehen lassen, sondern auch gleichzeitig damit vereinigt den inzwischen von Phillips aufgestellten Begriff der Rechtlosigkeit, der in der Gerichtslosigkeit bestehen sollte [8]).

---

[8]) Vgl. oben S. 266.

Weiske sagt im Anschluss an den oben S. 271 mitgeteilten Satz mit Bezug auf die Rechte, die der Ehrlose verliert: „Diese Rechte bestanden namentlich in der Fähigkeit, im Gericht als Richter oder Schöffe zu sitzen, vor Gericht gegen unbescholtene Leute zu zeugen, als gerichtlicher Vorsprecher für einen anderen aufzutreten und für sich selbst bei gerichtlichen Prozessen oder bei Zweikämpfen einen Stellvertreter zu stellen". Fast als nebensächlich setzt er hinzu: „Auch hatte der Rechtlose kein Wehrgeld, sowie er auch unfähig war, Lehen zu erwerben".

Nochmals spricht er dann die Einheitlichkeit der von jenen anderen bestimmten verschiedenen Begriffe aus, indem er dem zuletzt mitgeteilten Satze die Worte folgen lässt: „Dieser Rechte, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes ausmachte, wurde der Ehrlose regelmässig verlustig, und nur auf sie ist die Rechtlosigkeit zu beziehen, welche die Ehrlosigkeit immer in ihrem Gefolge hatte". Der letzte und höchste Ausdruck des Bekenntnisses der Einheitlichkeit der Ehrenminderungen ist aber der Satz Weiskes: „Dass das einheimische Recht ausser der Ehrlosigkeit in dem angegebenen Sinne noch andere Arten von Ehrenschmälerungen gekannt habe, lässt sich nicht nachweisen".

Freilich hat Weiske seine Einheitlichkeit der Ehrenminderungen nur damit erkaufen zu können geglaubt, dass er die Rechtlosigkeit der unehelichen Kinder, Kämpfer und Spielleute etc., sowie den Eichhorn-Marezollschen Leumundsbegriff aus dem Bereiche der rechtswirksamen Ehrenschmälerungen hinauswies. — Mit Bezug auf die erstere sagt er: Es war „noch nicht jeder Rechtlose ohne weiteres ehrlos. Denn die Fähigkeit zu denjenigen Rechten, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes bildete, konnte jemandem auch aus anderen Gründen, als wegen eines von ihm begangenen Verbrechens abgehen, und ehrlos war nur derjenige, der wegen begangener Verbrechen rechtlos geworden war. Namentlich waren uneheliche Kinder aller Art rechtlos, sowie auch Kämpfer und ihre Kinder und Spielleute und Gaukler, ohne dass sie deswegen zu den ehrlosen Personen hätten gerechnet werden können". — Auf den genannten Leumunds-

begriff bezieht es sich aber, wenn W. im Anschluss an den Satz, dass das einheimische Recht ausser der Ehrlosigkeit in dem angegebenen Sinne andere Arten von Ehrenschmälerungen erweislich nicht gekannt habe, die Bemerkung folgen lässt: „Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, dass es im Leben und in der Gesellschaft Ehrenschmälerungen in den mannigfachsten Unterabstufungen insofern gegeben haben müsse, als ein Mensch durch seine Handlungsweise in der Achtung seiner Nebenmenschen in grösserem oder geringerem Grade sinken kann; aber wie sich diese Ehrenschmälerungen niemals auf bestimmte juristische Grenzen zurückführen lassen, so konnten sie auch keine bestimmten rechtlichen Wirkungen haben". Hier tritt also der Gedanke, der die Bezeichnung infamia facti im Gegensatz zur infamia iuris hervorgerufen hat, besonders stark hervor. — In beiden Punkten hat Weiske das Gebiet der juristischen Ehrenschmälerungen zu Unrecht beschnitten.

§ 11.

Albrecht.

Während so Marezoll und Weiske, indem dieser das Werk des ersteren nur logisch fortsetzt, über die Eichhornschen verschiedenen Begriffe der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit hinweg den Weg gehen, auf dem Weiske schliesslich bewusst zum Ziele einer Einheitlichkeit der Ehrenminderungen gelangt, hatte sich inzwischen wenigstens auch die Verlegenheit, eine angenommene Verschiedenartigkeit durchzuführen, bei dem durch seine Schrift über die Gewere demnächst zu so grosser Berühmtheit gelangten W. E. Albrecht gezeigt, und zwar, ohne dass er von den Eichhornschen Begriffen der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit ausgegangen war, nachdem er vielmehr, Eichhorns Meinung über die Ehrlosigkeit bekämpfend, jene Verschiedenartigkeit selbständig aufgefasst hatte. In seiner Doktordissertation ‚Doctrinae de probationibus secundum ius Germanicum medii aevi adumbratio‘ Pars I, Königsberg 1825, p. 68 ff. sagt er zunächst: ‚Interesse aliquid inter ea, quae vulgo dicuntur Ehrlosigkeit et Rechtlosigkeit, manifestum est‘. Ausser auf Richtsteig Landr. 28 (vgl. oben S. 252 f.)

beruft er sich hierfür auf eine, wenn auch nicht ursprüngliche Verschiedenartigkeit des Beweises von Delikten, welche Ehrlosigkeit im Gefolge haben, einerseits und solchen, die Rechtlosigkeit hervorrufen, anderseits. Nämlich im Falle der ersteren habe sich auch im späteren Recht die einst allgemeinere Regel erhalten, wonach der Angeklagte durch Unschuldseid sich habe freischwören können, ohne dass er habe „überzeugt“ werden, d. h. ohne dass der Reinigungseid ihm durch Zeugen des Klägers habe verlegt werden können (p. 65 f.). Albrecht hat hierzu mehrere Stellen, namentlich aus dem bayerischen, Hamburger und Stader Recht mitgeteilt, in denen jenes „Überzeugen“ für unzulässig erklärt wird bei Sachen, welche dem Angeklagten „an den leib oder an seine ere“ gehen (p. 66 f., p. 71—74). Dagegen sagt er (p. 66 A. 34): ‚. . . delicta quae manus truncatione luuntur, per testes probari possunt: haec enim iis, quae formula „die an den leib gehen“ significantur, accensenda non sunt (j. prov. Alem. 163). Vid. Heumann l. c. (i. e. ius Bavaricum in den Opuscula.) p. 67: „Klagt einer hintz den anderen, er hab in beschedigt an leib und gut und iach, das wäre in einem frieden geschehen, den fried sol er bestäten mit zwaien . . . iach aber der antwortet, des friedes habe er nicht gebrochen, des laugnen soll man nemen mit seinem eide, er erzeug es dann mit zweien . . . und ist das er also überzeugt wirt, so ist er dem gericht verfallen mit der hant“. Idem ‚si a maiori liceat minus colligere, etiam in iis delictis, quae formula zu haut und haar comprehenduntur, valere, vix dubitandum videtur‘. Die Delikte aber, die somit nach bayerischem Recht „formula zu Hand continentur“ und Gegenstand einer „Überzeugung“ des Angeklagten sein sollen, ‚sunt ex iis, quorum reus fit rechtlos (j. pr. Sax. I 37)‘ (38 § 1, vgl. oben S. 234). Diese Beweisführung ist durchaus verkehrt. Es verschlägt zwar nicht viel, dass in Ssp. I 38 § 1 Delikte, welche an die Hand gehen, als solche nicht ausdrücklich genannt sind. Denn im Sinn sind sie sicher ebenso, wie die an Haut oder Haar gehenden, die erwähnt sind. Aber ausserdem sind doch auch als Rechtlosigkeitsgründe aufgeführt diejenigen, welche den Leib kosten. Namentlich ist die Rede vom Diebstahl. Und bezüglich des grösseren Diebstahls heisst es doch in

Ssp. II 13 § 1: ‚Den dieb sal man henggn'[1]. Es ist also durchaus unerfindlich, wie hiernach Albrecht, sei es allgemein (so p. 71 § 29 a. E.), sei es namentlich für das Bayernrecht (arg. p. 65 ff.) die Regel aufstellen konnte, dass die Delikte, welche Rechtlosigkeit hervorriefen, im Gegensatz zu den an den Leib oder die Ehre gehenden, also was hier vorzüglich in Betracht kommt, namentlich im Gegensatze zu den Gründen der Ehrlosigkeit, dem Angeklagten unter Verlegung des Unschuldseides durch „Überzeugen" hätten bewiesen werden können.

Ist Albrecht so mit Eichhorn und Marezoll darin einig, dass Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit zwei verschiedene Begriffe seien, so tritt er doch bezüglich der Bestimmung derselben jenen entgegen. Von der Ehrlosigkeit sagt er p. 71: ‚Illud pro certo habuerim, eam non solum dignationem, altiori cuique civium ordini propriam, afficere'. Hiergegen führt er an, dass nach Ssp. III 45 der Ehrlose ‚mulctae (Busse) et werigeldi non partem solam, certo cuidam ordini propriam, sed omnino totum perdit'. Dieses ist durchaus zutreffend, denn §§ 9—11 a. a. O., in welchen von der Beeinträchtigung bzw. dem Verluste der Busse und des Wergeldes der „unehelichen" = unehrlichen Leute die Rede ist, beziehen sich auf die sämtlichen vorangegangenen §§ 1—8, die Wergeld und Busse aller Stände festgestellt haben.

Albrecht geht überhaupt nicht, wie Eichhorn und Marezoll, von den Wirkungen der Ehrlosigkeit aus, sondern von ihren Gründen. Von diesen sagt er (p. 68): ‚. . . si delicta, ex quibus oritur id, quod dicitur Ehrlosigkeit, videamus, omnibus illud commune esse videtur, quod committuntur in leges, peculiari quadam sanctitate insignes'. Als Vergehen gegen derartig geheiligte Vorschriften nennt er namentlich Treulosigkeit im Lehnsverhältnis, gegen Verwandte und gegen den Gastfreund, Heerflüchtigkeit, die auch nur eine Art der Treulosigkeit sei, Meineid als Verletzung der sanctissima hominis erga deum pietas, Vergehungen gegen die fides christiana: ‚. . . das man spricht, er sey nicht gelaubig . . . oder das man in sagt von

[1] Vgl. auch Ssp. II 39 § 1.

der christenheit' (vgl. oben S. 255), und schliesslich Verletzung der weiblichen Keuschheit (p. 68—71). So stellt Albrecht, mehr als bisher geschehen, unter den Gründen der Ehrlosigkeit die Treulosigkeit in den Vordergrund. Ja schliesslich stellt er geradezu beide Begriffe einander gleich, indem er die Fälle in Ssp. III 45 §§ 9—11 zusammenfasst mit den Worten: ,cum reus criminis, quod dicitur Treulosigkeit, nonnisi ehrlos, nec etiam rechtlos fieri dicatur' (p. 71).

Aus der Art der Gründe der Ehrlosigkeit entnimmt er ein weiteres Argument gegen die Eichhorn - Marezollsche Beschränkung des Begriffes auf den Verlust der Standesrechte. Dass diese unzutreffend sei, ,hoc . . concludi videtur . . ex ipsis delictorum, unde nascitur, exemplis supra recensitis' (p. 71). Albrecht führt dieses nicht näher aus. Er denkt aber offenbar daran, dass jene Gründe in jedem Stande der gleichen gerechten Missbilligung unterliegen müssen.

In Ansehung der Folgen der Ehrlosigkeit gesteht A. ehrlich: ,Iam quales sint eius effectus, mihi quidem multo minus constare, sincere confiteor'. Jedenfalls will er sagen, dass er nicht wisse, wie sich in den Folgen die Ehrlosigkeit von der Rechtlosigkeit unterscheide. Denn dass er einigermassen über die Folgen der Rechtlosigkeit unterrichtet sei, wird man voraussetzen dürfen. Also auch hier wiederum die Verlegenheit, eine Verschiedenartigkeit von Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit auch an den Wirkungen zu erweisen. Nur insofern berührt A. diese letzteren als er p. 71 sagt: ,Deinde, quod dicitur Ehrlosigkeit, pro maiori poena, quam, quod vocabulo Rechtlosigkeit designatur, habendum esse, vel inde apparet, quod in hac quidem probanda faciliores sunt veteres'. Dass er zu dieser Auffassung durch einen Trugschluss gekommen ist, wurde oben S. 274 f. gezeigt [2]).

[2]) Ganz „Marezoll" mit einer Nuance „Albrecht-Eichhorn" ist die Darstellung des alten „teutschen" Ehrenrechts von Buddeus bei Ersch u. Gruber, Enzyklopädie der Wissenschaften und Künste 1. Sekt. Teil 31 (Leipzig 1838) a. v. Ehre S. 420 f. Diese Nuance besteht in dem Satze: „Ehrlosigkeit . . . erfolgte vorzüglich durch den Bruch eines unter Verpfändung der Ehre eingegangenen Vertrags und durch ein aus Treulosigkeit begangenes Verbrechen, dies letztere jedoch wahrscheinlich nur auf richterliches Erkenntnis" (vgl. oben S. 276, 256).

III. Abschnitt.

Die Literatur von Phillips bis Budde.

§ 12.

Phillips.

Wie Marezoll hält auch Phillips in „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts" Bd. I, 3. Aufl., 1846, S. 289 § 35 (1. Aufl. 1829) die Echt- oder Friedlosigkeit, die Rechtlosigkeit und die Ehrlosigkeit für verschiedene Arten von Ehrenminderungen. Den bösen Leumund erwähnt er nicht mehr. Die Verschiedenartigkeit jener drei Begriffe begründet er nur durch Hinweis auf Ssp. I 51 § 1 und I 5 § 2. Aus der ersteren Stelle leitet ihn der Satz: ‚It is menich man rechtlos de nicht n'is echtlos'. Damit verbindet er die zweite Stelle, insoweit sie sagt: ‚Wif mach mit unkuschheit ires lives ire wifliken ere krenken; ire recht ne verlüst se dar mede nicht'. In der Tat ein einfaches Exempel! Wenn nur die Faktoren, mit denen gerechnet ist, richtig gebildet wären!

Phillips setzte aber auch eine Reihe von Bestrebungen in Bewegung, die, wohl dem zu jener Zeit auch in der Germanistik sich geltend machenden romanistischen Konstruktionsbedürfnis entsprungen, namentlich darauf hinzielten, den von Eichhorn für die Rechtlosigkeit aufgestellten vagen Begriff des Verlustes gewisser wesentlicher Freiheitsrechte durch einen fassbareren zu ersetzen, der aber immerhin doch ein allgemeines Prinzip enthalten sollte. Man ging dabei namentlich von der Wortbedeutung aus. Wir haben bereits Eichhorn bei Bestimmung der Ehrlosigkeit und Marezoll bei Bestimmung der Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit hier vorarbeiten sehen (oben S. 253, 258 f.). Phillips geht weiter vor. Mit einer gewissen schablonenhaften Konsequenz sucht er Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit auf gleiche Weise zu bestimmen[1]. Die Rechtlosigkeit wird ihm so, wenn auch

[1]) Er sagt S. 289 f. mit Bezug auf die drei Begriffe: „Die eigentliche Bedeutung eines jeden dieser Verhältnisse wird klar, sobald man den ur-

nicht, wie die Echtlosigkeit zu dem Verluste aller Rechte schlechthin, so doch aller prozessualischen Rechte, da Recht ursprünglich soviel als Prozess oder Gericht bedeutet habe (S. 294 f.). Von der Echtlosigkeit aber sagt er: „Da Ehe oder Frieden . . . soviel als Recht . . . objektiv genommen, sagen will, so ist Echtlosigkeit derjenige Zustand, in welchem man sich ausserhalb alles geltenden Rechtes befindet; durch sie büsst der Mensch alle seine Rechte ohne Unterschied ein". Höchst eigentümlich ist es, wie er schliesslich die Ehrlosigkeit durch hauptsächlich rationalistische Wortinterpretation auf die vorher zum Ziel genommene Eichhornsche Definition hinausbringt. S. 297 a. a. O. führt er aus: „Das Wort „Ehre" bedeutet ursprünglich „Glanz" und im abstrakten Sinne: Vorzug, Auszeichnung; es drückt also einen komparativen Begriff aus. Ehre braucht daher auf dem Vergleiche mit etwas, was selbst schon achtbar und rechtsfähig ist, und drückt eine höhere Stufe der Achtbarkeit und zugleich vorzüglicher Rechtsfähigkeit aus. Der Begriff Ehre hängt demnach wesentlich mit den Standesverhältnissen zusammen . . . und hat sich daher auch mit diesen verändert. In älterer Zeit umfasste zwar der Stand der Freien alle an ihrem Rechte vollkommenen Männer . . ., aber . . . Ehre im eigentlichen Sinne . . . genoss nur der Adel. Späterhin, als den Freien gegenüber ein ebenfalls berechtigter Stand der Dienstmannen und Hörigen vorhanden war, konnte allerdings von einer besonderen Ehre der ersteren die Rede sein und in betreff dieses Punktes kein Dienstmann über einen Freien Recht finden [2]). Indem aber eine grosse Zahl von Dienstmannen der Ritterschaft angehörte, nahmen sie auch Teil an den ritterlichen, adeligen Ehren [3]) und sind selbst zum Adel geworden. Somit erscheint der Begriff der Ehre regelmässig in der Bedeutung einer besonderen Standesehre, überhaupt aber als eine Zierde, die einer vor dem anderen voraus hat".

---

sprünglichen Sinn der Worte „Ehe, Recht und Ehre" . . . festhält; dann ergibt es sich von selbst, was der Mensch, der sich in einem jener Zustände befindet, los geworden ist, d. i. verloren hat'.

[2]) Schwsp., v. d. Lahr, 80 = Lassberg 278.

[3]) Kaiserrecht (Endemann) B. III c. 5 und 7.

Als Grund der Echtlosigkeit nennt Ph. die Oberacht, über deren Entstehung er sich verbreitet. Dazu bemerkt er, dass unter dem Ausdrucke Acht im weiteren Sinne auch die erste Verfestung mit inbegriffen sei, öfters aber beide Bezeichnungen im Gegensatze zueinander gebraucht seien, indem erst die Verfestung des höheren Richters Acht genannt sei (S. 293 A. 12). — Gründe der Rechtlosigkeit seien uneheliche Geburt, Verbrechen, die „zu Haut und Haar" gingen, namentlich Diebstahl und Raub, und verächtliche Lebensweise. — Schliesslich folgt er Albrecht darin, dass die Ehrlosigkeit aus Treubruch entstehe. „Eine weitere Ausdehnung des Begriffes ist dann noch die, dass man ihn auf das weibliche Geschlecht insofern überträgt, als der Sachsenspiegel von der Kränkung der weiblichen Ehre durch Unkeuschheit spricht" [4]).

Phillips hat seither wohl am konsequentesten die Verschiedenartigkeit der drei Ehrenminderungen durchgeführt. Aber gewissenhafte und quellenwahre Behandlung des Problems (vgl. oben S. 251) kann man ihm auch nicht nachrühmen. Mit dem nach den Quellen auch die Ehrlosen treffenden Verluste der prozessualischen Rechte hat er sich z. B. nicht abgefunden. So hat er sich über die Schwierigkeiten hinweggetäuscht, nur dogmatisch klare Kategorien, wohlgebaute „Terminologiepagoden" erstrebend, womit er ja allerdings in der Folgezeit nicht ohne Wirkung gewesen ist.

Gleichwohl findet sich bei Phillips insofern wenigstens ein Zusammenhang der drei Kategorien, als er S. 295 betont, dass der Echtlose gleichzeitig immer auch rechtlos war, und als er S. 288 f. mit Bezug auf die drei Ehrenminderungen sagt: „Nach den Grundsätzen des älteren deutschen Rechtes hatte jede Entziehung von Freiheitsrechten einen gleich grossen Verlust derjenigen äusseren Achtung zur Folge, welche man nach dem heutigen Sprachgebrauche mit dem Ausdrucke Ehre bezeichnet". Hier macht sich bemerkbar ein Anklang an die von Weiske (in seinen Grundsätzen des t. Privatr. a. d. Ssp.) aus dem Eichhornschen Begriffe der Rechtlosigkeit geschöpfte Vereinheitlichung der drei Ehrenminderungen (vgl. oben S. 269).

---

[4]) Ssp. I 5 § 2.

Übrigens ist in dem eben mitgeteilten Satze Phillips' auch ein Irrtum ausgesprochen, der noch oft wieder hervortritt, nämlich der, dass das Primäre die Rechtsentziehung und das Sekundäre der Ehrverlust gewesen sei. Ich habe schon angedeutet, dass demnächst Weiske im Rechtslexikon in diesem Punkte die Wahrheit erkannt hat, die in der Umkehrung jener Meinung beruht (vgl. oben S. 271).

§ 13.

Mittermaiers jüngere Ansicht.

Wie schon erwähnt wurde, ist Phillips mit seiner Lehre nicht ohne Einfluss auf die Entwickelung der Meinungen der Folgezeit gewesen. Wir sahen bereits, wie Weiske seine Ansicht über die Rechtlosigkeit rezipierte (oben S. 271 f.). Namentlich aber wirkte Ph. auf Mittermaier ein (vgl. schon oben S. 266). In den späteren Auflagen der Grundsätze des gem. d. Pr. R. — ich benutzte die 6. Ausg. Regensburg, 1842 — hat Mittermaier seine Lehre unter Abstossung der früher aus der Doktrin Huths übernommenen, wenn auch etwas verschleierten infamia minor und maior und unter Verschmelzung der Meinungen Günderrodes, Eichhorns, Marezolls, Weiskes, Albrechts und Phillips' umgearbeitet (§ 100 a. a. O.). Zunächst bringt er den Inhalt des oben S. 267 mitgeteilten mysteriösen Satzes der früheren Auflagen in etwas verständlicherer Form vor: „Nach dem Zusammenhange von Freiheit, voller Rechtsfähigkeit und Ehre stand die vollste Rechtsfähigkeit nur dem völlig Freien und damit zugleich ihm die höchste Ehre zu". Klingt dieses schon ein wenig an Eichhorn an, so erkennt man Eichhorn, Weiske und Phillips wieder in dem unmittelbar hierauf folgenden Satze: „Wer durch sein Benehmen sich dieser Ehre nach damaligen Ansichten unwürdig machte, war rechtlos, insofern er die Rechte verlor, welche dem Freien im Gesetze oder Gebrauche zustanden, insbesondere Rechte, die sich auf Rechtsverfolgung beziehen". Wo Eichhorn und Phillips hier stecken, liegt auf der Hand. Bezüglich Weiskes sei daran erinnert, dass er schon im Rechtslexikon 1841 den auch hier ausgesprochenen Gedanken der sekundären Bedeutung des Rechtsverlustes im Verhältnis zum

Verluste der Ehre vertreten hat (oben S. 271). Wie wenig übrigens Mittermaier ihn sich assimiliert hat, geht daraus hervor, dass er in dem eben zuerst erwähnten Satze das Verhältnis zwischen Recht und Ehre wieder umkehrt, indem er sagt, dass die vollste Rechtsfähigkeit nur dem völlig Freien und damit zugleich ihm die höchste Ehre zustand.

Dem genannten zweiten Satze, der, wie gesagt, ein Gebräu nach Eichhorn, Weiske und Phillips darstellt, hat M. insofern eine eigene Couleur hinzugesetzt, als er ihn folgendermassen ausführt: „Darnach konnte der Rechtlose nicht Richter oder Schöffe über Freie seyn, nicht für andere bei Gericht auftreten und nicht Zeugnis gegen Freie ablegen. Diese Rechtlosigkeit war nicht bloss die Folge der Verurteilung wegen gewisser Verbrechen, sondern auch Folge eines gewissen, eines freien Mannes unwürdigen Gewerbes, nämlich der Kämpfer" etc. S. 284. Wenn es gestattet ist, schon ein anderes Bild zu gebrauchen, so kann man auch sagen, dass der Eichhornsche Begriff der Rechtlosigkeit hier bei Mittermaier weiterwuchert.

Durchaus nach Eichhorn bestimmt M. auch die Ehrlosigkeit. Eine Zutat nach Marezoll-Albrecht ist der Satz S. 284: „Diese Ehrlosigkeit war teils die Folge der Verletzung eines auf gewisse Weise bekräftigten Versprechens, teils gewisser besonders schändliche Treulosigkeit enthaltender Verbrechen" (vgl. oben S. 262 und S. 276).

Die Friedlosigkeit empfängt eine neue Schattierung durch den Einfluss von Phillips' Meinung über die Rechtlosigkeit. Nachdem M. nämlich gesagt hat, dass der Echtlose, Verfestete wegen der gegen ihn erkannten Acht aus der Friedensgenossenschaft (Rechtsgemeinschaft) ausgeschlossen sei, fügt er hinzu: „Hier stand die Friedelosigkeit im Zusammenhang mit der damaligen Gerichts- und Prozessverfassung, insofern eine Person, welche der Ladung, vor Gericht zu erscheinen, beharrlich nicht gehorchte, mit der Acht belegt wurde und dann nach Verschiedenheit derselben von allen oder einigen Rechten, solange er in der Acht war, ausgeschlossen wurde".

Liegt hierin ein Moment, welches, consequent durchgedacht, trotz der von Mittermaier im einzelnen angenommenen Verschiedenartigkeit der Ehrenminderungen, doch nach der Seite

der Einheitlichkeit hin gravitiert, so ist vollends im Sinne dieser Einheitlichkeit, und zwar der Günderrodeschen Auffassung entsprechend der über dem Ganzen stehende Einleitungssatz: „Nach dem Charakter des öffentlichen Lebens und der damaligen Macht der Meinung, insbesondere der Standesgenossen, nach der Art der Absonderung der Stände im deutschen Rechte mussten die Ansichten von Ehre eigentümlich sich ausbilden“.

Man sieht, dass Mittermaiers Selbständigkeit hier im umgekehrten Verhältnis zu seiner Belesenheit und Gelehrsamkeit steht.

§ 14.

Maurenbrecher.

Ebenfalls von Phillips beeinflusst, aber im allgemeinen doch viel selbständiger, ist Maurenbrecher in seinem Lehrbuch des deutschen Privatrechts Bd. I, 2. Ausg. Bonn 1840 S. 319 ff. §§ 146 f. (1. Ausg. 1832 bis 1834). Eichhorns und Phillips' Meinung ist hier verschmolzen in der Definition: „Die Rechtlosigkeit war derjenige Zustand, wo einem freien Manne, der seine Ehre gekränkt hatte, mehrere dem Freien zustehende Rechte . . . entzogen wurden, namentlich die auf die Gerichtsfähigkeit sich beziehenden“ (S. 320).

Die Ehrlosigkeit ist nach Eichhorn als Verlust der Standesehre bestimmt. Zum Ausbau dieser Theorie trägt Maurenbrecher dadurch etwas bei, dass er als Beispiele hierher stellt Verlust der Lehnsfähigkeit, oft der Lehne selbst, der Turnierfähigkeit, der Teilnahme an geistlichen und weltlichen Korporationen. Quellen hat er hierfür freilich nicht mitgeteilt [1]) (S. 322).

Die Friedlosigkeit hat den Verlust aller Rechte zur Folge, z. B. auch des Grundeigentumes (S. 320 A. 1).

Unter den Gründen der Rechtlosigkeit nennt er neben den übrigen bekannten auch das verächtliche Gewerbe der

[1]) S. 322 A. 17 a. a. O. verweist Maurenbrecher betreffs einer „besonderen Ehre“ der Dienstmannen und der Bürger auf Kaiserr. (Endemann) III 5 und IV 1, bez. der Ehre des Weibes auf Ssp. I 5 § 3.

„hübschen Frauen“ [2]) (S. 321). Bei Verbrechen, die an Haut und Haar gehen, sieht er als das Entscheidende den Richterspruch an [3]).

Gründe der Ehrlosigkeit sollen wie nach Marezoll — Albrecht — (Mittermaier) Wortbruch und gewisse Verbrechen sein, in denen eine besondere Treulosigkeit lag. Hierfür beruft sich Maurenbrecher m. W. als Erster auf die Glosse zu Ssp. III 78: „Nu set he van der werden ere, wente alle ere van truwe kumpt“ (S. 322 A. 19).

Über die Gründe der Friedlosigkeit lässt er sich nicht aus. Maurenbrecher trennt die drei Arten der Ehrenminderung scharf von einander, insbesondere aber die Friedlosigkeit von der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, indem er unter Berufung auf Ssp. I 51 (oben S. 277) auf S. 322 A. 16 sagt: „Echtlos darf nicht mit rechtlos oder ehrlos verwechselt werden, da es mit friedlos gleichbedeutend ist“.

Gleichwohl musste M. auf einen Zusammenhang zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit schon dadurch kommen, dass er als gleichbedeutende Ausdrücke der Quellen für die Rechtlosigkeit aufführt: „unecht, unehrlich, verzellt, übersait, rechtlos, anrüchtig, nit vollkommen an seynem recht, sein Recht verloren haben“ (S. 322). Von jenem Zusammenhange spricht er insofern, als er sagt, dass die Rechtlosigkeit als das Mehrere immer die Ehrlosigkeit enthalten habe, aber nicht umgekehrt diese auch jene. Ssp. II 13 erkläre z. B. den Dieb für erenlos und rechtlos, während andere Stellen bloss „rechtlos“ sagten. „Den Rechtlosen trafen daher alle Folgen der Ehrlosigkeit; aber den Ehrlosen nur die Folgen der letzteren. Der Rechtlose war im Sinne des Mittelalters ehrlos und rechtlos“.

Diese Verbindung zwischen Rechtlosig- und Ehrlosigkeit setzt sich bei Maurenbrecher aber auch nach der Friedlosigkeit hin fort. Denn im Sinne seiner Meinung liegt es doch sicher, — wenn er es auch nicht ausdrücklich sagt, — dass, wie die Ehrlosigkeit in der Rechtlosigkeit enthalten ist, so auch diese bzw. beide in der Friedlosigkeit, die ja den Verlust aller Rechte

---

[2]) Lüb. R. IV 5 § 6, Kopp, Hess. Gerichtsverf. I 462.

[3]) Vgl. auch oben S. 255 f.

darstellen soll, weil sie auf dem gänzlichen Verluste der Ehre beruhe, wie der partielle Rechtsverlust bei Rechtslosigkeit und Ehrlosigkeit auf einer blossen Schmälerung der Ehre (vgl. S. 319 ff.). M. steht nämlich auch, wie Weiske (oben S. 271), auf dem Standpunkte der sekundären Bedeutung der Rechtsminderung im Verhältnis zur Ehrenminderung. Vielleicht ist dieser Gedanke von Weiske her durch die Vermittelung von Mittermaier[4]) zu ihm gedrungen. Jedenfalls aber hat er ihn anders als dieser ganz sich zu eigen gemacht und konsequent durchgeführt. Er sagt S. 319 f.: „Der gewöhnliche Begriff der Ehre wird zum Rechtsbegriff, wenn der Staat von dem guten Rufe eines Menschen, d. h. von seiner persönlichen Achtung, die er bei andern seiner Denk- und Handlungsweise wegen geniesst, seine Rechtsfähigkeit abhängig macht. Die höchste bürgerliche Ehre besteht in dem Vollgenusse sämtlicher bürgerlicher und politischer Rechte. . . . Auch im Mittelalter hiess ein unbescholtener Mann: vollkommen an seinem Rechte“. Kurz darauf spricht er nochmals von einer Schmälerung der Ehre und der an sie sich knüpfenden Rechtsfähigkeit. Somit bringt Maurenbrecher alle Ehrenminderungen unter den einheitlichen Gesichtspunkt der primären Ehrenminderung und der sekundären Rechtsminderung. Diese doppelseitige Minderung stuft er ab als gänzlichen Verlust und blosse Schmälerung, und die letztere wieder, wie wir sahen, als Rechtlosigkeit, welche die Ehrlosigkeit in sich begreift, und blosse Ehrlosigkeit, von der das Umgekehrte nicht gilt. Was ist dieses aber anderes, als die alte Huthsche Theorie von der infamia maxima, maior und minor in einem anderen Gewande?

Beachtenswert ist auch, dass in dem eben mitgeteilten Satze: „Der gewöhnliche Begriff der Ehre etc. . . . . .“ der Eichhorn-Marezollsche Leumundsbegriff, welcher[5]) von Weiske ausdrücklich (oben S. 273) und von den übrigen stillschweigend fallen gelassen war, abgesehen von der auch bei Maurenbrecher nicht erwähnten Seite des Marezollschen Leu-

[4]) Vgl. oben S. 280 f. Mittermaier ist von Maurenbrecher zitiert, Weiske dagegen nicht.

[5]) nachdem er noch einmal bei Buddeus erschienen war (oben S. 276 A. 2).

mundsbegriffes, die im Tatverdacht beruht, mit den anderen in Frage stehenden Ehrenminderungen zusammenfliesst, und zwar m. E. durchaus mit Recht.

§ 15.

Zöpfl.

Unter denjenigen, welche seit Phillips für den Begriff der Rechtlosigkeit eine fassbarere Prinzipformel zu finden suchten, ist namentlich Zöpfl zu nennen. In seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heidelberg 1836, Abt. II S. 136, folgt er zwar im allgemeinen der älteren Weiskeschen Lehre (oben S. 267 ff.) sowohl darin, dass er eine Theorie nicht so sehr der Ehrenminderungen, als vielmehr der Rechtsminderungen entwickelt, wie auch darin, dass er diese Rechtsminderungen, die er als Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit abstuft, unter die einheitliche Kategorie: „Rechtlosigkeit im weiteren Sinne" bringt. Auch sind seine Unterbegriffe Echtlosigkeit und Ehrlosigkeit dieselben, wie bei Weiske, und darum entspricht sein Ehrlosigkeitsbegriff nach Wirkung und Gründen mittelbar dem Eichhornschen [1]. Eine neue, indes vielleicht immer noch in etwa durch Weiske angeregte Formulierung des Rechtlosigkeitsbegriffes bietet Zöpfl aber damit, dass er als Wirkung der Rechtlosigkeit die Aufhebung der politischen Rechte des Bürgers bezeichnet.

Mit Beziehung auf die Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit betont er a. a. O. S. 137 A. 9 den Unterschied zwischen „ächten" und „rechtlos machen", sich berufend auf Ssp. I 38 § 2 und I 51. Ächten erklärt er als herrührend von ehtan = aus der Ehe, d. h. dem Bunde — der Friedensgenossenschaft des Staates tun, während es vielmehr dasselbe ist, wie mhd. æhten ahd. âhten = asächs. âhtjan, angls. éhtan, verfolgen [2]. Zöpfl stellt das Verhältnis zwischen „Ächten" und „Rechtlosmachen" folgendermassen dar: „Die Acht (Verfestung, Bann) . . . bewirket, dass der Verfestete . . . schon jetzt als ausser der Schutzgenossenschaft der Gemeinde, zu welcher er gehört, stehend

[1]) Vgl. oben S. 267 f. und bei Zöpfl a. a. O. S. 136 und 139 A. 11.

[2]) Vgl. Kluge, Etymologisches Wörterbuch, auch Grimm RA. S. 733.

betrachtet wird, so dass er nun . . . mit Gewalt ergriffen werden kann. Sächs. Ld. R. I 68: ‚Umb welcherlei Uebelthat ein Mann verfestet, und hernach wehrend der Verfestung gefangen und vor Gericht gebracht wird, so gehet es ihm an den Leib, woferne er der That und der Verfestung überzeugt wird' . . . Der Zustand dieser Verfestung ist demnach nur ein provisorischer, er entzieht dem Geächteten noch kein Recht, sondern suspendiert nur die Ausübung seiner politischen Rechte. (Sächs. Ld. R. . . . III 63): ‚Verfestung nimmt dem Manne seinen Leib, wenn er darin ergriffen wird, aber nicht sein Recht' — In diesem Sinne kann ein Mann echtelos (friedlos) sein, ohne rechtlos zu sein. Bleibet er aber Jahr und Tag in diesem Zustande, ohne sich aus der Verfestung zu ziehen' . . . so wird er nebst der Friedlosigkeit rechtlos erkannt und verliert nun alle politischen und bürgerlichen (Privat) Rechte".

Die doppelte Verwendung des Ausdruckes: „friedlos" bzw. „Friedlosigkeit" ist nicht geeignet, diese Ausführungen Zöpfls als sehr klar erscheinen zu lassen. Im Grunde ist sein Gedanke der, dass die Verfestung eine provisorische Rechtlosigkeit schaffe und dass diese nach einer Dauer von Jahr und Tag zu einer definitiven erklärt werde, aber als solche nicht mehr partielle, sondern totale Rechtlosigkeit, d. h. in seinem Sinne Echtlosigkeit sei. Insofern sagt er nicht einmal etwas Neues (vgl. oben S. 262 f.). Was nun aber diesem Gedanken die Klarheit genommen hat, ist wiederum nichts anderes als die Unmöglichkeit, die angenommene Verschiedenartigkeit der (Ehren- bzw.) Rechtsminderungen mit der Terminologie der Quellen ganz in Einklang zu bringen. Von der Verschiedenartigkeitstheorie ausgegangen, ist Zöpfl a. a. O. zwar nicht wie Weiske schliesslich ganz auf das Gebiet der Einheitlichkeitstheorie hinübergelangt, hat er aber dieses doch ein wenig gestreift, was eben auch in jenem unklaren, wenn nicht gar unlogischen doppelten Gebrauchen von „friedlos" zu tage tritt.

In den späteren Auflagen seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte (in Bd. II der 2. Aufl. von 1846 und der nur einen Band umfassenden 3. Aufl. von 1858) hat Zöpfl an

der Verschiedenartigkeitstheorie festgehalten[3]). Dabei sieht man ihn hier vollends in der namentlich durch Phillips eingeschlagenen Richtung der wortauslegenden Prinzipsuche weiterstreben.

In der 2. Aufl. S. 414 sagt er von der Echtlosigkeit, sie bezeichne „buchstäblich soviel als Gesetzlosigkeit". Er folgt hierin, wie wir noch sehen werden, Budde, der seinerseits Phillips zum Vorgänger hatte[4]). Wenn er früher als Wirkung der Echtlosigkeit den Verlust der politischen und bürgerlichen (oder privaten) Rechte angegeben hatte, so fügt er nunmehr auch hinzu den Verlust der allgemeinen Menschenrechte[5]).

Für die Rechtlosigkeit, deren Folge er nach wie vor lediglich in einem Verluste der politischen, nicht aber der „reinen Privatrechte" sieht, findet er jetzt im Wege der Worterklärung die prinzipale Bedeutung als Eideslosigkeit. Als Belege führt er namentlich an Ssp. II 8 in Verbindung mit I 62 § 4 und Schwsp. (L.) 42[6]). Im Ssp. II 8 heisst es: Vulvorderet aver he sine klage, al untgat he ime mit rechte, he ne lidet dar nene not umme, he ne hebbe ine kempliken vorgeladen". Eine Handschrift hat statt „mit rechte" „mit sinem rechte"[7]). Ssp. I 62 § 4 ist eine Parallelstelle und lautet: „Vulvorderet aver he sine klage na rechte ane kamp, unde untgat ime jene mit siner unscult, he blift is ane scaden, he ne hebbe ine kempliken angesproken". In Schwsp. (L.) c. 42 ist von der Rechtlosigkeit der zur Rückgabe des Raubes verurteilten Strassenräuber die Rede. Von ihnen wird gesagt: sie „mugen nimer mer deheinem man sins rehtes gehelfen, und sint och verworfen von aller geziucnusse . . ." Man muss wohl Zöpfl darin beitreten, dass hier „sins rehtes gehelfen" „Eideshelfer sein" bedeutet. In weiteren Stellen[8]), die er anführt, ist Recht nicht so zweifelsfrei der Ausdruck für Eid.

---

[3]) Vgl. 2. Aufl. Bd. II S. 414 und 3. Aufl. S. 969.

[4]) Vgl. unten § 17.

[5]) In der 3. Aufl. S. 969 bestimmt Zöpfl die Folge der Echtlosigkeit wiederum nur als Verlust der politischen und bürgerlichen Rechte.

[6]) Vgl. Zöpfl a. a. O. 3. Aufl. S. 969 A. 12.

[7]) Vgl. Homeyer S. 234 A. 2 zu A. 8.

[8]) Vgl. Zöpfl a. a. O. 2. Aufl. S. 414 A. 2 und 3. Aufl. S. 969 A. 12.

Es würde aber in der Tat ein Leichtes sein, noch eine ganze Reihe von Stellen beizubringen, in denen „Recht" diese Bedeutung hat. Als besonders durchschlagende Belege will ich nur hervorheben Ssp. III 5 § 3: „darn he dar sin recht to dun, dat it ane sine scult geschin si" und § 5 daselbst: „bewiset he dat unde darn he dar sin recht to dun" Daraus nun aber zu schliessen, dass die Rechtlosigkeit gleich Eideslosigkeit sei, war ebenso einseitig wie der auf dem Vorkommen von Recht = Gericht beruhende Schluss Phillips', dass die Rechtlosigkeit = Gerichtslosigkeit sei, bzw. wie die noch zu erörternde Annahme Buddes, dass sie Standeslosigkeit bedeute. Diese Einseitigkeit war aber überhaupt die unvermeidliche Folge der in erster Linie auf der Worterklärung fussenden prinzipsuchenden (konstruktiven) Tendenz seit Phillips. Zöpfl scheint dem Vorwurfe der Einseitigkeit entgehen zu wollen, indem er auf die prinzipale Eideslosigkeit auch sonstige Wirkungen der Rechtlosigkeit zurückführt. Er stellt darum zunächst die Eideslosigkeit dem Zustande der Entbehrung des öffentlichen Glaubens gleich (2. Aufl. S. 414) und sagt dann mit Bezug auf das Verhältnis des Rechtlosen zu unbescholtenen Personen: „er konnte daher nicht mehr gegen sie Zeuge, noch weniger Richter oder Schöffe oder Fürsprech sein, noch einen unbescholtenen Mann zum Kampfordale fordern" [9]). Natürlich konnte er aber nicht daran denken, auch die Wehrgelds- und Busselosigkeit auf die Grundlage der Eideslosigkeit zu stellen. Hier führt er deshalb, und zwar damit die Einseitigkeit seiner grundsätzlichen Erklärung ganz offen deckend, ergänzungsweise das Buddesche Prinzip der Standeslosigkeit ein. Denn im Hinblick auf die Regelung des Wergeldes und der Busse, die in Ssp. III 45 zunächst für die verschiedenen Stände und dann für die Rechtlosen erfolgt, sagt Zöpfl (2. Aufl. S. 415) unter Anführung von Buddes Schrift: „In diesem Sinne kann man auch die Rechtlosigkeit für Standeslosigkeit (Verlust der Rechte eines ehrlichen Standes) erklären". In der 3. Aufl. S. 970 lautet der Satz, nunmehr schon nach Fortlassung des auf Budde verweisenden Zitates: „In diesem Sinne kann man auch die Recht-

---

[9]) Ebenso 3. Aufl. S. 970.

losigkeit für Standeslosigkeit, d. h. als Verlust der Rechte eines gemeinen ehrlichen Standes (status communis civilis) erklären" [10]).

Was die Gründe der Rechtlosigkeit anlangt, so hat Zöpfl bereits in der 2. Aufl. S. 415 und ebenso in der 3. Aufl. S. 970 wie Maurenbrecher (vgl. oben S. 283, auch S. 256), wahrscheinlich aber wohl direkt beeinflusst durch Hillebrand [11]), die Ansicht vertreten, dass die Rechtlosigkeit im Falle von Verbrechen nicht schon aus der Tat an sich, sondern erst aus der Verurteilung entspringe. Wie Hillebrand führt er dafür an Ssp. I 65 § 2: „Sve lief oder hant ledeget, dat ime mit rechte verdelt is, die is rechtlos". Ausserdem bemerkt er unter Hinweis auf Ssp. II 19 § 2: „Ebenso blieb ein verurteilter eigener Mann, den sein Herr dadurch von der Strafe befreite, dass er seinen Glauben an dessen Unschuld beschwor, doch ehrenlos und rechtlos". — Unter Einwirkung gemeinrechtlicher Anschauungen ist Zöpfl dann sachlich, wenn auch in der Beschränkung auf die Rechtlosigkeit, zu der alten infamia maior und minor Huths zurückgelangt in dem Satze: „Jedoch wurden diejenigen, welche nur ihrer unehelichen Geburt oder verachteten Beschäftigung wegen rechtlos waren, wohl von denen unterschieden, welche wegen schimpflicher Verbrechen dafür erklärt worden waren, so dass hiernach schon in den Spiegeln deutlich eine Unterscheidung der Rechtlosen gemacht wird, welche sich mit der römischen Unterscheidung von infamia und levis notae macula vergleicht". „So z. B. Ssp. I 50 § 2: „Al si ok en man speleman oder unecht geboren, he n'is doch dieves noch roveres genot nicht". Wenn wir von dem Vergleiche mit der römischen imfamia und levis notae macula absehen, steckt hierin ein Kern von Wahrheit, der aber in seiner ganzen Güte sich Zöpfl nicht enthüllt hat. Sonst würde Z. nicht weiter gesagt

[10]) Zöpfl a. a. O. 2. Aufl. S. 415, 3. Aufl. S. 970, spricht übrigens von einer Busse der Rechtlosen, „welche entweder nur in geringfügigen Dingen besteht oder überhaupt nur eine Scheinbusse ist". Die „nur in geringfügigen Dingen" bestehende Busse hat er somit als eine reale Busse im Sinn. Wir werden unten § 19 sehen, dass hierin ein Irrtum liegt.

[11]) Vgl. den demnächst erscheinenden zweiten Teil dieser Dogmengeschichte.

haben: „Die Spiegel selbst haben aber keine entsprechende Terminologie, um die von ihnen zwischen den ihrer Geburt oder Beschäftigung wegen und den eines begangenen Verbrechens wegen für rechtlos erklärten Personen gemachte Unterscheidung auszudrücken". Unten im § 22 wird gezeigt werden, dass dieses irrig ist und dass z. B. Ssp. I 48 § 1 eine solche Unterscheidung ausdrückt mit der Nebeneinanderstellung der beiden Gruppen: ‚Alle die unecht geboren sin oder de sik rechtlos gemaket hebben'. Eine tiefgehende Quellenkunde verrät Zöpfl hier also nicht.

Wie sich der schliessliche Rechtlosigkeitsbegriff Zöpfls nicht ohne die Einwirkung Buddes gestaltet hat, so erscheint auch auf S. 415 der 2. Aufl. des Werkes von Zöpfl dessen früherer Ehrlosigkeitsbegriff durch Buddes Einfluss abgewandelt. Zöpfl hatte ihn, wie gesagt, durch die Vermittelung Weiskes von Eichhorn übernommen. An Eichhorn erinnert noch, dass die Ehrlosigkeit nur bestanden habe „in der Missachtung der Standesgenossen". Einigermassen anregend für die spätere Lehre mag gewesen sein die hinzugefügte Bemerkung: „wie z. B. heutzutage die akademische Verrufserklärung"[12]). Ganz auf Budde zurückzuführen ist, wie unten § 23 gezeigt werden soll, der Satz: „Die Ehrlosigkeit war ursprünglich kein eigentlich juristischer Begriff"[13]). Damit steht im Einklang die nunmehrige Ansicht Zöpfls, dass die Ehrlosigkeit nicht, wie er früher mit Eichhorn annahm, einen Verlust der Standesrechte bewirkt, sondern lediglich in einer Missachtung der Standesgenossen beruht und dass sie „an sich weder Verlust der politischen noch der Privatrechte zur Folge" gehabt habe.

In der 3. Aufl. S. 971 f. hat Zöpfl aber den Ehrlosigkeitsbegriff Buddes in der Hauptsache wieder fallen lassen. Er bietet hier scheinbar eine eigene Erklärung, mit der er jedoch zuletzt auf seine frühere Meinung, d. h. auf den Eichhornschen Begriff zurückkommt. Er geht auch aus von dem schon von Eichhorn hervorgehobenen Ehrlosigkeitsgrunde der Treulosigkeit bzw. der Heerflüchtigkeit. Zunächst spricht er von „der Treu-

[12]) Vgl. den zweiten Teil dieser Dogmengeschichte.

[13]) Buddes Ehrlosigkeitsbegriff entspricht nämlich der gemeinrechtlichen infamia facti

losigkeit, insbesondere der Heerflüchtigkeit", zwei Zeilen weiter schon von „der Treulosigkeit, d. h. Heerflüchtigkeit". Der gleiche Mangel an Logik, zum mindesten aber eine ausserordentliche Einseitigkeit macht sich auch im weiteren bei seinen von jenem Ausgangspunkte sich fortbewegenden begriffsherleitenden Ausführungen bemerkbar. Mit Rücksicht darauf, dass nach Ssp. I 40 [14]) und Schwsp. (L.) c. 49 [15]) dem Treulosen, Heerflüchtigen „sin ere und sin lenrecht" „verdelt" werde, sagt Zöpfl: „Die eigentümliche Rechtswirkung der infolge der Treulosigkeit, d. h. Heerflüchtigkeit, eintretenden Ehrlosigkeit wird aber in den Spiegeln als das Lehnrecht betreffend dargestellt". Obschon er erkennt, dass dieses „den gleichzeitigen Eintritt anderer Nachteile oder Strafen, welche andere strengere Gesetze oder Stellen der Rechtsbücher [16]) erwähnen, nicht absolut ausschliesst", wagt er doch zu sagen: „Es ist daher (!) nicht unwahrscheinlich (!), dass die Lehre von der Ehrlosigkeit, als eines von der Rechtlosigkeit unterschiedenen (!) Rechtsnachteils, mit dem schon in der karolingischen Zeit vielfach den Vasallen bei gewissen rechtswidrigen Handlungen gedrohten ‚honorem perdere', worunter das Verlieren des Amtes oder des beneficium zu verstehen ist, im Zusammenhange steht, so dass also eigentlich die Ehrlosigkeit als eine Rechtlosigkeit nach Lehnrecht im Gegensatz der Rechtlosigkeit nach Landrecht aufzufassen ist". Als Beispiel für das schon in der karolingischen Zeit mit jener Bedeutung vorkommende ‚honorem perdere' erwähnt Zöpfl Karls des Grossen Cap. de partib. Saxon. c. 28, wo es von dem Comes, qui munera super innocentem accipit („d. h. sich zur Verurteilung eines Unschuldigen bestechen lässt") heisst: ‚honorem suum perdat' [17]). Dieses ‚honorem perdere', dieses Verlieren des Amtes, des beneficium hat Zöpfl somit als ein Verlieren desjenigen Rechtes im Sinn, welches im Bereiche des Lehnrechtes die Grundlage alles Rechtes darstellt. Indem er demgemäss die Ehrlosigkeit als eine Recht-

[14]) Vgl. oben S. 255.

[15]) Wo anstatt „dem . . . verteilt man sin erbe" richtig zu lesen sei: „. . . sin ere"; vgl. Zöpfl 3. Aufl. S. 969 A. 9.

[16]) Z. B. Schwsp. (L.) c. 367 (Todesstrafe).

[17]) Vgl. Mon. Germ. fol. Leg. V p. 45.

losigkeit nach Lehnrecht bestimmt, hat er im Grunde auch auf die Ehrlosigkeit lediglich die worterklärende Methode angewandt. Den so gefundenen Ehrlosigkeitsbegriff sucht er dann nachträglich auch anderweitig quellenmässig zu stützen. Zu diesem Zwecke beruft er sich auf drei Erscheinungen in den Quellen. Erstens komme der Gegensatz „Rechtlosigkeit nach Landrecht" und „Rechtlosigkeit nach Lehnrecht" in den Spiegeln auch unter anderen Ausdrücken vor, so in Ssp. Lehnr. art. 2 § 1: „Papen, wif, dorpere, koplüde, unde alle die rechtes darvet oder unrecht geboren sin, unde alle die nicht ne sin von ridders art von vader und von eldervader, die solen lenrechtes darven". Zweitens werde regelmässig da, wo von Verlust der Ehre die Rede ist, ausdrücklich auch der Verlust der Lehen erwähnt. So z. B. füge schon die const. Friedrichs I. de incend. (1186) der Aufzählung der Wirkungen der Rechtlosigkeit[18]) noch bei: ‚(proscriptus) omni quoqui feodali iure perpetuo carebit'[19]). Drittens sei eben überhaupt der Vasallenstand im Mittelalter als ein besonderer Ehrenstand erschienen. (Ssp. Lehnr. art. 2 § 1). Von diesem Punkte aus nähert sich Zöpfl nun wiederum seinem ursprünglichen Ehrlosigkeitsbegriff, d. h. dem Eichhornschen. Denn er fährt, freilich höchst unklar, fort: „So wie aber einerseits durch den Lehenbesitz die besondere Standeseigenschaft oder Standesehre als Vasall bedingt war, so musste auch anderseits mit dem Verluste des Lehens zur Strafe auch die besondere Standesehre verloren werden, und somit mussten die Begriffe von Verlust des Lehenrechtes und Ehrlosigkeit sich um so leichter verschmelzen, als der altherkömmliche Ausdruck der ‚honoris privatio' von beiden gleichmässig verstanden werden konnte und musste". Daher sei die Ehrlosigkeit ein Verlust der besonderen Standesehre nach Lehnrecht gewesen. Einige Zeilen weiter identifiziert er hiermit wieder den Verlust des besonderen oder höheren Standesrechtes, womit er im wesentlichen zum Eichhornschen Ehrlosigkeitsbegriff zurückgelangt ist. Überhaupt aber dürfte für Zöpfl bei dieser Entwickelung seines Ehrlosigkeitsbegriffes

[18]) Man beachte, wie hier Rechtlosigkeit und Verlust der Ehre wieder zusammengeflossen sind.

[19]) Vgl. Mon. Germ. 4°, Leg. IV Tom. I (1893) p. 450 N. 10.

leitend gewesen sein der Eichhornsche Satz: „Sofern die Rechtlosigkeit auf die Standesrechte bezogen wird, heisst sie Ehrlosigkeit ...“ (oben S. 253). Die eigentümliche Färbung seines Ehrlosigkeitsbegriffes in der 3. Aufl. hat sich nur daraus ergeben, dass er in diese Formel Eichhorns für Standesrechte schlechthin die Rechte eines bestimmten Standes, nämlich des Vasallen- (Ritter-, Lehns-) standes eingesetzt hat.

Zöpfl hat jedoch den Ehrlosigkeitsbegriff Buddes, dieses Analogon der gemeinrechtlichen infamia facti, nicht vollständig wieder über Bord geworfen, vielmehr ihn neben der Ehrlosigkeit im technischen Sinne anerkannt, und zwar ihn dem Eichhornschen Leumundsbegriffe nahestellend, jedoch einerseits nicht als bloss partielle, sondern als totale Ehrentbehrung und anderseits unter Beschränkung auf den Fall von Ssp. I 5 § 2, also auf den Fall der Keuschheitsverletzung von Frauenspersonen. Zöpfl sagt nämlich (3. Aufl. S. 973 V): „Ausser dem Falle, wo die Ehrlosigkeit infolge einer Ächtung oder Verurteilung wegen Treulosigkeit, Heerflüchtigkeit oder eines gemeinen schimpflichen Verbrechens eintritt, wird die Verwirkung der Ehre noch als Folge der Unkeuschheit von Frauenspersonen, aber nur mit dem Charakter einer dadurch begründeten Missachtung in moralischer Beziehung erwähnt, welcher aber ausdrücklich aller Einfluss auf die eigentlichen Rechtsverhältnisse der Person abgesprochen wird“ (Ssp. I 5 § 2).

Ausserdem hat Zöpfl aber auch seinen Leumundsbegriff. Er versteht unter bösem Leumund lediglich dasjenige, was Marezoll zu dem Eichhornschen Leumundsbegriff als zweite Bedeutung noch hinzugefügt hatte (oben S. 261), nämlich ein übles, jemanden „als der Tat verdächtig bezüchtigendes Gerücht (mala fama)“ (3. Aufl. S. 966).

Wenn Zöpfl nun schon in der 1. Aufl. seines Werkes bei Vertretung der Verschiedenartigkeitstheorie gleichwohl das Gebiet der Einheitlichkeitstheorie ein wenig berührt hatte (oben S. 286), so hat er dieses vollends nicht zu meiden vermocht in den späteren Auflagen und namentlich in der 3. Aufl. Auf S. 969 sieht man hier die allerdings wieder verwischte Konzession, dass eigentlich nur der Sachsenspiegel und der Schwabenspiegel die dreifache Unterscheidung von Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit

und Ehrlosigkeit kennen. Vorher hat er mehrere aus Buddes Schrift entnommene, aber als hierher stammend nicht gekennzeichnete Quellenstellen nach zeitlicher Ordnung[20]) aufgeführt, in welchen ‚infamia‘ und „loimunt“, ‚infamis esse‘, „erlos und rehtlos sein“, „elos und rehtlos sein“ gleichbedeutend gebraucht werden. Es klingt dann eben wie ein Gegensatz hierzu, wenn er S. 969 fortfährt: „Der Sachsenspiegel unterscheidet Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, ebenso der Schwabenspiegel“. Nachträglich hat er nun aber, wie gesagt, die hierin liegende Konzession an die Einheitlichkeitstheorie wieder verwischt, und zwar durch Hinzufügung des auf die vorerwähnten Quellenstellen Bezug habenden Satzes: „Diese dreifache Unterscheidung ist auch in den angeführten Reichsgesetzen, der verschiedenen Ausdrucksweise ungeachtet, deutlich erkennbar, namentlich in der Konstitution König Friedrichs I. de incendiariis . . ., worin ‚privatio legalitatis, iuris und honoris‘ nebeneinander als drei verschiedene, aber in dem vorliegenden Fall sämtlich den Verbrecher treffende Rechtsnachteile aufgezählt werden“[21]). Von jener Konstitution hatte Zöpfl vorher (S. 968) mitgeteilt, dass in ihr der incendiarius proscriptus, der sich nicht in Jahr und Tag aus der Acht gezogen habe und also in die Oberacht gekommen sei, als ‚universo iure et honore et legalitate sua privatus‘ bezeichnet sei[21]). Die Stelle gehört nicht zu der Serie derjenigen, in welchen er eine gleiche Bedeutung von ‚infamia‘, „loimunt“, ‚infamis esse‘, „erlos und rehtlos“ sein, sowie „elos und rehtlos“ sein fand. Nur hierdurch erscheint der Mut Zöpfls erklärlich, in ihr nebeneinander drei verschiedene, den Verbrecher treffende Rechtsnachteile aufgezählt zu erblicken. Es gehört aber schon eine Akrobatenkunst unlogischen Hin- und Herspringens dazu, um, wie Zöpfl, nunmehr auch dieselbe Verschiedenartigkeit aus jener Serie von Stellen zu entnehmen, die vorher Belege für die Gleichartigkeit haben abgeben müssen. Immer wiederholt sich dieselbe Geschichte. Wer von der Verschieden-

---

[20]) In dieser Anordnung nach der Zeit beruht das ganze Geschichtliche, was Zöpfl hier bietet. In der Tat eine Aftergeschichte!

[21]) Vgl. oben A. 19.

artigkeitstheorie ausgeht, der wird angesichts der Quellen in den Zwiespalt hineingetrieben.

Von Vorigem abgesehen, findet sich bei Zöpfl in der 2. u. 3. Aufl. die Annahme derselben Zusammenhänge zwischen Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit wieder, wie bei Maurenbrecher. Gerade wie dieser das Verhältnis zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit darstellt (oben S. 283), sagt Zöpfl in der 2. Aufl. S. 414 A. 1 von der Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit: „Die Echtlosigkeit hat . . . stets die Rechtlosigkeit in sich, aber nicht umgekehrt". Da er in der 2. Aufl. die Ehrlosigkeit als einen unjuristischen Begriff behandelte (oben S. 290), konnte er sie hier nicht als in der Echtlosigkeit bzw. Rechtlosigkeit eingeschlossen betrachten. Anders in der 3. Auflage, in welcher die Ehrlosigkeit ihm wieder ein Rechtsbegriff geworden war (oben S. 292). Darum ist er hier bezüglich jener Zusammenhänge ganz und gar Maurenbrecher nachgegangen. S. 969 sagt er: „Die Echtlosigkeit schloss . . . immer die Rechtlosigkeit und die Ehrlosigkeit in sich"[22]). Und S. 972 f. folgert er die Verbindung der Ehrlosigkeit mit der Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit aus seinem Begriffe der Ehrlosigkeit und dem quellenmässigen Zusammenhange zwischen Lehnsunfähigkeit und Echtlosigkeit bzw. Rechtlosigkeit. Er sagt: es „musste die Ehrlosigkeit als Verlust der besonderen Standesehre nach Lehnrecht auch alsbald in Verbindung mit der Echtlosigkeit und der Rechtlosigkeit, d. h. infolge der Ächtung oder der Verurteilung in die Rechtlosigkeit wegen gemeiner Verbrechen ausgesprochen werden, weil es widersinnig gewesen wäre, das besondere oder höhere Standesrecht da fortbestehen zu lassen, wo die gemeine Rechtsfähigkeit aufgehoben war. Wirklich findet man auch stets den Verlust des Lehens und der Lehenfähigkeit (das: ‚des len-

[22]) Inwiefern dieses freilich die Stellen belegen soll, die er dazu mitteilt, ist unerfindlich. Wie so oft in diesem Teile seines Werkes, haben sich auch hier die Quellen von ihm gewaltsamste Pressung gefallen lassen müssen. Es ist jedenfalls eine sehr gelinde Kritik, wenn man gegen die Darstellung des mittelalterlichen Ehrenrechtes bei Zöpfl lediglich den Vorwurf erhebt, den Brunner dem ganzen Werke Zöpfls macht, nämlich, dass es in den Details unzuverlässig sei (vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. Bd. I S. 23).

rechts darben') überall da zugleich ausgesprochen, wo die Echtlosigkeit oder Rechtlosigkeit (das: „des rechtes darben") vorlag, und somit trat die Ehrlosigkeit in dem gedachten Sinne mit jeder dieser beiden anderen Rechtsschmälerungen notwendig ein, selbst wenn die Erklärung als ehrlos nicht mit ausdrücklichen Worten beigefügt worden war". — Dass an einer Stelle Zöpfl sogar eine völlige Gleichstellung von Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit unterlaufen ist, wurde schon oben S. 292 A. 18 hervorgehoben.

Da Zöpfl die Rechtlosigkeit als Eideslosigkeit gefasst hat, so tritt seiner Verschiedenartigkeitstheorie auch entgegen Schwsp. (L.) c. 278: ‚Daz wir sprechen an ir ere, daz meinen wir also: ob man einen man an sinen eid sprichet usw.' (vgl. oben S. 255). Er vereinigt die Stelle mit dem angenommenen Unterschiede zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, indem er in der 2. Aufl. S. 415 A. 8 sagt: „Schon im Schwabensp. c. 278 wird die Ehrlosigkeit auf eine solche Weise behandelt, dass sie an die Rechtlosigkeit streift". Also die ursprüngliche Verschiedenartigkeit soll im späteren Mittelalter in Einheitlichkeit überzugehen begonnen haben. Dieser Gedanke ist um deswillen sehr bemerkenswert, als er einen Ansatz zu einer entwickelungsgeschichtlichen Theorie darstellt. Solche Theorien treten demnächst mehrfach auf, wenn auch als richtige nur in der Art, dass ursprüngliche strengste Einheitlichkeit der Ehrenminderung und spätere lediglich graduell sich abstufende, nicht verschiedene Arten bildende Abspaltungen von derselben gelehrt werden.

Überblickt man die gesamte Entwickelung, welche Zöpfls Meinung über die mittelalterlichen Ehren- bzw. Rechtsminderungen genommen hat, so muss man in der Tat sagen, dass sie da, wo es sich um den Verschiedenartigkeitsgedanken handelt, ein Bild ratlosesten, haltlosesten, unselbständigsten Hin- und Herschwankens darbietet, was eben nicht zum wenigsten in der Unhaltbarkeit der Verschiedenartigkeitstheorie selbst beruht. Dagegen hat der Einheitlichkeitsgedanke ganz konstant und konsequent von Auflage zu Auflage an Boden gewonnen.

IV. Abschnitt.

Budde.

§ 16.

Vorbemerkung.

Auf der von Phillips weiter verfolgten Bahn, die Begriffe Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit aus der Wortbedeutung zu bestimmen und namentlich den Begriff der Rechtlosigkeit bei Aufsuchung eines allgemeinen Prinzipes doch mehr zu konkretisieren, holte besonders Budde zu einem selbständigen Vorstoss weit aus, und zwar in seiner Monographie „Über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit“, Bonn 1842. Wie schon der Titel anzeigt, stellt er die Rechtlosigkeit, auf welche es ihm hauptsächlich ankommt, voran. Mir scheint es angebracht, zuerst von dem, was er über die Echtlosigkeit berichtet, zu sprechen, da durch diesen Begriff gewisse Ausführungen Buddes über die Rechtlosigkeit bedingt sind [1]).

§ 17.

Buddes Begriff der Echtlosigkeit höchsten Grades.

Bezüglich der Bestimmung der Echtlosigkeit folgt Budde nun ganz Phillips. Ähnlich wie dieser gewinnt er schon aus der Wortbedeutung den Satz: „Der Echtlose büsst seine gesamte Rechtsfähigkeit ein“ (S. 106). Die Entstehung der Echtlosigkeit aus der Reichsoberacht und ebenso deren Vorstufen behandelt er ausführlicher als Phillips (S. 73 ff.). Er weiss aber neu auch von anderen Entstehungsgründen der Echtlosigkeit zu berichten. Eben mit Bezug auf die Echtlosigkeit teilt er S. 107 f. mit: „Ausserdem entsteht dieselbe zuweilen auch als unmittelbare Wirkung begangener Verbrechen, welche einen besonders strafbaren Bruch des gemeinen Friedens

[1]) Es mag hier die Bemerkung Platz finden, dass ich mich überhaupt nicht an die Anordnung gebunden habe, wie ich sie in der besprochenen Literatur vorfand. Massgebend ist mir immer gewesen der Zweck dieser Dogmengeschichte, die ein einheitliches Ganze bilden soll.

enthalten. Die vollständigste Aufzählung der Entstehungsgründe findet sich in dem Landfriedensgesetze Friedrichs des Zweiten vom Jahre 1235; dort wird die Echtlosigkeit als Strafe für folgende Verbrecher bezeichnet:

1. Für den, welcher einen beschworenen Frieden durch Tötung seines Gegners bricht. Jeder geringere Friedensbruch wird mit der gewöhnlichen Acht bestraft [1].
2. Für den, welcher eine Fehde beginnt, ohne seinem Gegner drei volle Tage vorher abzusagen [2].
3. Für den, welcher seinem Vater nach dem Leben trachtet oder ihn gefangen hält [3].
4. Für die Ministerialen und Knechte des Vaters, welche dem Sohne dabei behilflich sind [4]; alle übrigen Helfer werden nur geächtet.
5. Für den Jahr und Tag in der Reichsacht verharrenden [5].
6. Für den, welcher, eines Majestätsverbrechens, Treubruches oder Mordes wegen zum gerichtlichen Zweikampfe geladen, nicht erscheint [6].

Von den unter Nr. 1—4 genannten Personen wird ausdrücklich gesagt, dass sie ihre Rechtsfähigkeit für immer verloren haben: sie unterscheiden sich dadurch von den in der Oberacht Befindlichen, welche zwar nicht ihr einmal eingezogenes Vermögen, wohl aber die verlorene Rechtsfähigkeit wiedererlangen können". Bei Nr. 1 heisse es „perpetuo sit erenlos et rechtlos"; bei Nr. 2 ‚perpetuo pene subiaceat, quod dicitur e. et r.'; bei Nr. 3 ‚supradicto modo omni iure omnique actu legitimo perpetuo sit ipso iure privatus, quod vulgo dicitur e. et r., nulla circa ipsum restitutione locum habente'; bei Nr. 4: ‚supra dicte pene, que vulgo dicitur e. et r. perpetuo infamie nota subiaceant ipso iure' (S. 109 A. 9). In der Formel „erlos et rechtlos" findet Budde bei diesen vier und den beiden anderen Nummern die Echtlosigkeit ausgedrückt (vgl. S. 107 A. 6). Im Anhang S. 139 begründet er es namentlich damit, dass die dem 13. Jahrhundert angehörenden deutschen

[1] Mon. Germ. 4° Leg. Sect. IV Tom. II 1896 p. 242 c. 3.
[2] Eod. p. 243 c. 6. [3] Eod. p. 245 c. 16. [4] Eod. p. 245 c. 18.
[5] Eod. p. 246 c. 23. [6] Eod. p. 246 c. 24.

Texte jenes Landfriedensgesetzes die Münchener Handschrift[7]) und die Wiederholungen des Gesetzes durch Kaiser Rudolf[8]) in den in anderer Reihenfolge aufgeführten Fällen Nr. 1—4 überall die Lesart „elos (eilos) und rechtlos" hätten. Von seinem Standpunkte aus hätte Budde mit noch mehr Überzeugungskraft geltend machen können, dass ja die in Rede stehende Formel auch bei Nr. 5, d. h. mit Bezug auf den Jahr und Tag in der Reichsacht Verharrenden, angewandt sei und hier doch zweifellos die Echtlosigkeit bezeichnen solle.

Die im vorigen erörterte Echtlosigkeit nennt Budde S. 138 die Echtlosigkeit höchsten Grades. Er kennt nämlich noch eine Echtlosigkeit in einem anderen Sinne, die aber erst demnächst besprochen werden kann (unten § 25).

§ 18.
Buddes worterklärende prinzipsuchende Tendenz bei Bestimmung der Rechtlosigkeit.

Wie sich Budde bezüglich der Rechtlosigkeit mit Bewusstsein und Überlegung in die Richtung hineinbegeben hat, deren in Wortinterpretation beruhender Ausgangspunkt bereits bei Marezoll ansetzt (vgl. oben S. 258) und deren auf konstruktive Prinzipfindung und doch gegenüber Eichhorn auf Begriffskonkretisierung hinauslaufendes Ziel schon Phillips erstrebt hatte (vgl. oben S. 277), das hat Budde selbst im § 1 („Kritik der bisherigen Ansichten") so charakteristisch ausgeführt, dass ich nicht anders kann, als diesen Paragraphen in der Hauptsache wörtlich[1]) mitzuteilen:

[7]) Mon. Germ. fol. (Pertz) IV., Leg. Tom. II 1837 p. 571.

[8]) ibid. p. 432, 436 und 448.

[1]) Bei dieser Gelegenheit möge überhaupt ein Wort zur Salvierung gestattet sein. Für diese Arbeit war die Literatur Quelle. Schon hierdurch war die häufige wörtliche Wiedergabe von Äusserungen der Schriftsteller notwendig. Hinzu kommt ein anderes Moment, das Grimm in der Vorrede zu seinen Rechtsaltertümern S. XII folgendermassen ausdrückt: ‚Eiteln citaten gram, die nicht aufgeschlagen werden, und durch erfahrung belehrt, wie viel es selbst den verfasser bei der anlage seines werks und bei fortgesetztem studium fördert, noch mehr, wie nothwendig theilnehmenden lesern ist, jede stelle worauf es ankommt, leibhaft vor augen zu haben; bin ich bemüht gewesen, alle belege aus gesetzen, rechtsbüchern und urkunden treu und vollständig in die abhandlung einzurücken . . .; leblose anführungen nach blossen zahlen gehören in chrestomathien oder compendien'.

„Die Rechtlosigkeit erscheint nach der Auffassung der neueren Germanisten als ein höchst rätselhaftes Ergebnis germanischer Rechtsbildung. Mit dem Worte rechtlos erwartet man zunächst ein der römischen Sklaverei analoges Verhältnis bezeichnet zu finden, einen Mangel aller Rechtsfähigkeit und Persönlichkeit; allein in der mittelalterlichen Rechtssprache hat jenes Wort eine ganz andere Bedeutung. Es sind nur einzelne namentlich aufgeführte Rechte, welche dem Rechtlosen fehlen, im übrigen wird er als eine rechtsfähige Person anerkannt. Bei weitem die Mehrzahl aller Schriftsteller über diesen Gegenstand hat sich nun damit begnügt, jene in der Rechtlosigkeit negierten Rechte nach Angabe der Quellen zusammenzustellen und demnächst die Rechtlosigkeit selbst zu definieren als den Zustand eines Menschen, dem gewisse wesentliche Freiheitsrechte fehlen. So hat unter anderen Eichhorn [2]) die Sache dargestellt, und Marezoll ist ihm beigetreten.

Das Unbefriedigende dieser Auffassung leuchtet auf den ersten Blick ein. Es bleibt zuvörderst unerklärt und auch in der Tat unerklärbar, wie eine blosse Verminderung der Rechtsfähigkeit mit dem Namen der Rechtlosigkeit bezeichnet werden mag. Dieser Umstand ist denn auch von den Anhängern der herrschenden Meinung keineswegs übersehen worden. Eichhorn hat insbesondere seine Darstellung mit einer ausdrücklichen Warnung vor möglichen Missverständnissen begleitet; er macht wiederholt darauf aufmerksam, dass die Rechtlosigkeit durchaus nicht, wie man leicht aus dem Worte schliessen könnte, eine ganze Klasse von Rechten entziehe [3]). Marezoll hat das Anstössige des Ausdrucks aus dem Wege zu räumen versucht: er nimmt an, das Wort Recht bezeichne während des Mittelalters in seinen Zusammensetzungen und Beziehungen auf die Ehre nicht den ganzen Inbegriff aller bürgerlichen Rechte und Ehren, sondern nur den Inbegriff gewisser allgemeiner Freiheitsrechte [4]). Das würden nun eben diejenigen sein, welche der Rechtlose zu erwerben und auszuüben ausserstande ist. Hiermit wäre freilich dieser letztere Ausdruck

[2]) Dass Eichhorn der Urheber dieser Theorie ist, scheint Budde also nicht zu wissen.

[3]) Vgl. oben S. 254. [4]) Vgl. oben S. 258 f.

unserer mittelalterlichen Rechtsquellen erklärt; allein es entsteht nun sofort die weitere Frage, welche Marezoll unbeantwortet lässt, wie das Wort Recht zu einer solchen beschränkten Bedeutung komme. Der moderne Sprachgebrauch kann gegen jene Behauptung allerdings nicht entscheiden; ein Blick in die Glossarien lehrt, dass Recht im Mittelalter manche Bedeutungen hatte, die uns, grösstenteils mit den zu bezeichnenden Begriffen selbst, verloren gegangen sind. Ebenso unzweifelhaft ist es, dass jede neue Untersuchung von der Marezollschen Annahme auszugehen hat; dieselbe wird aber auf Geltung keinen Anspruch haben, solange es nicht gelingt, alle jene Befugnisse, welche dem Rechtlosen abgesprochen werden, unter eine Kategorie zu bringen; und das ist von den bisher genannten Schriftstellern nicht einmal versucht worden. Nach ihrer Darstellung erscheint es als etwas durchaus Willkürliches oder, wenn man will, Zufälliges, dass die Rechtlosigkeit gerade den Umfang erhielt, welchen sie wirklich hat: dem Rechtlosen hätten, so scheint es, allenfalls auch mehr oder weniger Rechte entzogen werden können, und danach hätte sich dann die besondere Bedeutung des Wortes Recht modifiziert.

Eine so schwankende Grundlage kann man indessen unmöglich als die eines Rechtsinstitutes gelten lassen, welches weder der Willkür eines Gesetzgebers, noch dem Zufalle seine Entstehung verdankt, sondern das Ergebnis volkstümlicher Rechtsbildung ist.

Phillips hat das Verdienst, zuerst ein festes Prinzip für die Rechtlosigkeit aufgestellt zu haben. . . . Rechtlosigkeit ist ihm . . . die Negation aller prozessualischen Rechte. . . . Überblickt man die Wirkungen der Rechtlosigkeit, so zeigt es sich, dass die meisten wirklich mit der Gerichtsverfassung und dem prozessualischen Verfahren zusammenhangen; bei einigen ist dieser Zusammenhang aber doch ein sehr loser und gesuchter. Überdies kann man nicht einmal sagen, dass der Rechtlose aller prozessualischen Rechte unteilhaftig sei. Zwar ist er allerdings nicht fähig, als Richter, Schöffe oder Zeuge vor Gericht aufzutreten. Darum aber entbehrt er in seinen eigenen Angelegenheiten des gerichtlichen Schutzes nicht. Ist er selbst Partei, so stehen ihm alle wesent-

lichen Mittel zur Durchführung und zum Schutze seiner Rechte zu Gebote, und damit ist ihm doch wohl die erste und wichtigste aller prozessualischen Befugnisse zugesichert. . . . Allein gesetzt auch der . . . Ausdruck rechtlos fände durch Phillips Annahme eine genügende Erklärung, so ist damit doch das Rechtsinstitut selbst noch keineswegs erklärt. Es kommt nämlich, was bisher von allen Schriftstellern über diesen Gegenstand übersehen worden ist, darauf an, die ganze Lehre in das System des germanischen Volksrechts einzureihen. Dabei entstehen sofort die erheblichsten Schwierigkeiten. Man begreift nicht, wie die germanische Volksansicht dazu komme, solchen Personen, welche nicht die volle bürgerliche Rechtsfähigkeit besitzen, gerade vorzugsweise die prozessualischen Rechte zu entziehen.

Alle diese Bedenken fordern dazu auf, nach einer neuen Begründung des Institutes der Rechtlosigkeit zu suchen".

§ 19.

Buddes Rechtlosigkeitsbegriff.

Zu dem mit dem letzten Satze angekündigten Zwecke setzt Budde, wie er bereits in seinem Programm, wenn auch nicht sehr klar, andeutete[1]), bei der Bedeutung des Wortes Recht an. Er findet, dass es im Sachsenspiegel und den von ihm abhängigen Rechtsquellen „zur technischen Bezeichnung der Standesrechte oder auch des Geburtsstandes überhaupt" diene (S. 5). Als Belege erwähnt er Ssp. III 56, 1 „na vrien mannes rechte", III 19, 1: „Vrie lüde unde des rikes dienstmann . . . ir jedweder na sime rechte". I 16, 2: „Swar't kind is vri unde echt, dar behalt it sines vader recht" [2]); I 45, 1: „Al ne si en man sime wibe nicht evenburdich, he is doch ire voremünde, unde se is sin genotinne unde trit in sin recht, svenne se in sin bedde gat" [3]); I 16, 1: „nieman ne mach irwerven ander recht, wan als im an geboren is" (S. 5 f.).

[1]) Die Andeutung liegt in den Worten: „. . . unzweifelhaft ist es, dass jede neue Untersuchung von der Marezollschen Annahme auszugehen hat"; vgl. oben S. 301.

[2]) Ebenso wird das Wort gebraucht in Ssp. I 73, 1.

[3]) Dieselbe Wortanwendung in Ssp. III 45, 3.

Budde führt dann aus: „Es wäre nun denkbar, dass der Ausdruck rechtlos das Recht in der soeben dargelegten Bedeutung negierte; wir würden denselben alsdann mit standeslos übersetzen können". Dieses hält sich noch durchaus im Rahmen einer Vermutung. B. fühlt dann zu, wie sich die Rechtlosen als Standeslose in das System des germanischen Rechts einfügen lassen.

Bevor hierauf eingegangen wird, mag gezeigt werden, dass die Vermutung an sich durchaus unberechtigt ist. Wenn es in den obengenannten Stellen heisst: „na sime rechte", „in sin recht", „recht, wan als im angeboren is", so ist hier allerdings von einem Stande die Rede. Aber der Begriff „Stand" steckt nicht in „recht", sondern in „sime", „sin", „wan als im angeboren is". Erst durch die Beifügung dieser Worte wird die Bedeutung von „recht", die allein für sich hier keine andere ist, als diejenige unseres heutigen Wortes Recht im subjektiven Sinne, mit dem Begriffe Stand in Berührung gebracht und empfängt hierdurch die besondere Färbung als Recht eines Standes, d. h. Rechtsstellung eines Standes, ohne dass es aber nunmehr statthaft wäre, dieses Recht des Standes mit dem Stande selbst gleichzustellen. Letzteres hiesse in der Tat soviel wie Ursache und Wirkung miteinander verwechseln[4]).

---

[4]) Nachträglich finde ich, dass einen ähnlichen Gedanken gegen die Vermutung Buddes weitläufig geäussert hat Gerber in den „Kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft" Bd. 17, Leipzig 1845, S. 700 f.: „Rez. kann sich durchaus nicht überzeugen, dass diese Bedeutung von Recht aus jenen Stellen hervorgeht, sondern glaubt vielmehr, dass dies Wort in jenen Stellen keine von seiner jetzigen Bedeutung verschiedene habe. Das Wort Recht ist ein allgemeiner Begriff und bedeutet (subjektiv aufgefasst) die Zuständigkeit von unbestimmten Befugnissen; welcher Art jedoch diese letzteren seien, das wird erst durch die Zusammensetzung klar, in welcher jenes Wort erscheint. Es kann nun vorkommen, dass das Wort Recht mit einem Substantivum in der Art verbunden wird, dass es dessen ganze Rechtssphäre bezeichnet, z. B. das Recht des Adels, das Recht des freien Mannes (im Gegensatze zu dem Rechte des Unfreien als solchen); in diesem Falle laufen die Worte Stand und Recht allerdings ineinander (?), weil man einen Zustand auf eine doppelte Art charakterisieren kann: 1. dadurch, dass man zur Bezeichnung desselben sich des Wortes bedient, mit welchem der Sprachgebrauch eine ganze Klasse von Verhältnissen zu benennen pflegt, z. B. Stand des Adels, der Freiheit oder 2. dadurch, dass man die

Wie sich die Rechtlosen als Standeslose in das System des germanischen Rechts einfügen lassen, sondiert Budde auf folgende Weise. Er sagt, dass man mit Bezug auf die Verschiedenheit der Stände drei Hauptklassen unterschieden habe, Adel, gemeine Freiheit und Unfreiheit. Hierzu würden die standeslosen Personen als vierte und unterste Stufe treten. Budde merkt hierbei nicht, dass dieses eine contradictio in adiecto ist, dass er die standeslosen Personen doch eben nur in den untersten Stand weist[5]). Er täuscht sich hierüber hinweg durch die

äusseren Grenzen der praktischen Wirkung eines Verhältnisses angibt, z. B. das Recht des Adels, das Recht des freien Mannes als solchen. Wenn nun auch das Wort Recht in der letzteren Zusammensetzung praktisch mit dem Worte Stand identisch ist (indem es zu einem Resultate führt, ob man den abstrakten Begriff „Stand" selbst gebraucht, oder dessen äussere Erscheinungen angibt und so zu einem notwendigen Schlusse auf das Vorhandensein derjenigen Merkmale nötigt, durch welche die Existenz des abstrakten Begriffs bedingt ist), so würde man doch irren, wenn man, wie der Verf. tut, in dieser Anwendung des Wortes Recht eine eigentümliche, der urspünglichen Bedeutung des Wortes fremde erkennen wollte; denn Stand und Recht jemandes bleiben stets verschiedene Begriffe, aber dadurch, dass man von den Rechten einer Klasse von Personen redet, kann man die Merkmale angeben, welche einen Stand charakterisieren, und so ist es möglich, dass beide Begriffe endlich zusammentreffen. Nur so erklärt es sich, warum in den angeführten Beispielen das Wort Recht mit dem Worte Stand vertauscht werden kann; es geht aus dieser Betrachtung aber auch hervor, dass hier von einem technischen und abusiven Gebrauche des Wortes Recht keine Rede sein könne, indem dasselbe ja in seiner eigentlichen Bedeutung angewandt wird als kollektive Bezeichnung des Inbegriffs von gewissen Befugnissen, aus deren Dasein auf die Existenz des abstrakten Begriffes, Stand, geschlossen werden muss. Dieser Gebrauch, der auch uns nicht fremd ist, muss für die Zeit des Sachsenspiegels um so erklärlicher erscheinen, je weniger man in einer Zeit, wie die der Abfassung jenes Rechtsbuches ist, die Anwendung abstrakter Begriffe erwarten darf, und je natürlicher es ist, dass der Mensch auf der Stufe der Kindheit statt dieser eine Bezeichnung wählt, welche von der äusserlich erkennbaren Erscheinung der Verhältnisse entnommen ist. Ist dies richtig, so folgt daraus, dass man die Rechtlosigkeit nicht als eine Negation eines Standes, wie es der Verf. tut, auffassen kann, und zum Beweise dieser Negative ist es nicht einmal notwendig, den Umstand zu Hilfe zu nehmen, dass das Wort Recht in den Rechtsbüchern des Mittelalters ebenso häufig auch zur Bezeichnung noch anderer Verhältnisse gebraucht werde. Vgl. das Register zu Homeyers Ausgabe des Sachsenspiegels S. 364".

[5]) Diesen Gedanken drückt Gerber a. a. O. S. 702 nicht ganz scharf

übrigens rein rationalistische Erwägung, dass man sich das Verhältnis der Standeslosen so zu denken habe: „es gibt gewisse Rechte, welche nur den Mitgliedern eines bestimmten Standes zustehen, andere, welche zwar von jedermann geübt werden können, aber doch nur im Verkehr mit Standesgenossen, also innerhalb des Standes, welchem der einzelne von Geburt angehört. Die Standeslosen würden sich nun dadurch kenntlich machen, dass ihnen nicht bloss die Rechte der ersten, sondern auch die der zweiten Art gänzlich unzugänglich blieben. Die letzteren haben ja keine weitere Voraussetzung als Standesgleichheit und Ebenburt; und so würde sich denn mit Notwendigkeit der Schluss ergeben, dass derjenige, welcher solche Rechte niemandem gegenüber geltend machen könne, ganz ausserhalb alles ständischen Verbandes stehen müsse“ [6]). Vielleicht noch klarer spricht B. diesen Gedanken S. 35 dahin aus, dass der Rechtlose „überhaupt niemandem ebenbürtig ist, selbst denen nicht, die sein Los teilen. Ebenburt setzt Einheit des Standes voraus und kann also den Standeslosen, denen dieses einigende Band gänzlich fehlt, auch untereinander nicht zugeschrieben werden“. Auf S. 7 fährt er in diesem Gedankengange, immer noch in rationalistischer Erwägung zufühlend, weiter fort: „Im übrigen könnten die Standeslosen persönlich frei oder unfrei sein. Es ist möglich, dass jemand vollkommen unabhängig sei, und dennoch die Rechte der freien Stände entbehre. Aber auch die Unfreien bilden einen Stand und haben in demselben gegenseitige Rechte; hier kann also ein ganz gleiches Verhältnis eintreten. Es kann jemand persönlich unfrei sein, ohne an den Standesrechten der Unfreien teilzunehmen. Jener Freie und dieser Unfreie sind alsdann standeslos“.

Zur Würdigung der Theorie Buddes ist es nun von

---

folgendermassen aus: „Zunächst erscheint es als unlogisch, den drei Klassen von Personen, welche als Stände erscheinen, einen vierten Stand anzureihen, dessen Mitglieder diejenigen sind, welche eben gar keinen Stand haben; denn wenn diese unterste Klasse von Personen, welche der Rechte der Stände beraubt sind, abermals als ein Stand aufzufassen ist, so kann man sie doch unmöglich als standeslos bezeichnen“.

[6]) Das überhaupt bei Budde häufiger hervortretende Fehlen einer strengen Denkdisziplin verrät sich auch hier.

Wichtigkeit, wie er nach solcher Sondierung des Terrains zum Eindringen in dasselbe sich hinreichend sicher glaubt. Wir sehen es an dem weiter auf S. 7 unmittelbar folgenden Satze: „Indem wir nun diese (d. h. die auf Grund der Wortinterpretation vermutete und rationalistisch für möglich befundene!) Stellung der völligen Standeslosigkeit und Unebenbürtigkeit den Rechtlosen anweisen, liegt uns zunächst der Beweis ob, dass die Rechtlosigkeit in ihren Wirkungen dem soeben geschilderten Zustande genau entspreche". In der Tat eine drastische unbewusste Selbstdenuntiation vor dem Forum der Wissenschaft! Budde zeigt an, dass seine Meinung im voraus gefasst sei und dass er nunmehr beabsichtige, nach ihr die Quellen auszulegen. Dem entspricht denn auch sein Vorgehen.

Zunächst weiss er nun allerdings mit einigem Scheine von Berechtigung von den Wirkungen der Rechtlosigkeit den Mangel des Wergeldes aus der vorausgesetzten Standeslosigkeit der Rechtlosen zu erklären. Es klingt an sich ansprechend, wenn er im Hinblick auf die von alters her der Verschiedenheit der Stände angepasste Verschiedenheit des Wergeldes S. 9 sagt: „. . . ist das höhere oder geringere Wergeld wirklich Kriterium des höheren oder geringeren Standes, hängt also die Taxe der Persönlichkeit lediglich vom Stande ab, so werden die Personen, welche überall kein Wergeld haben, als standeslos zu betrachten sein".

Mit Recht hat aber schon Gerber a. a. O. (vgl. oben S. 303 A. 4) S. 704 f. hiergegen allgemein bemerkt, dass Budde irrt, „wenn er glaubt, das Dasein eines Wergeldes liesse auf die Existenz, und umgekehrt der Mangel eines solchen auf die Nichtexistenz eines Standes schliessen; denn das Wergeld ist . . . nicht ein Recht besonderer Stände, sondern ein Recht jeder rechtsfähigen Persönlichkeit; die Verschiedenheit des Wergelds gibt . . . höchstens eine Bezeichnung der verschiedenen Grade der Rechtsfähigkeit mehrerer Persönlichkeiten, so dass aus dem Umstande, dass gewissen Personen das Wergeld ganz versagt ist, keineswegs mit dem Verf. zu schliessen ist, es sei kein Stand vorhanden, sondern nur, dass diesen Individuen gewisse Teile der sonst allen Personen zustehenden Rechts-

fähigkeit abgeschnitten sind". Jedenfalls ist Budde hier dem Truge eines argumentum a contrario verfallen.

Der Annahme Buddes, dass die Wergeldslosigkeit der Rechtlosen ein Zeichen ihrer Standeslosigkeit sei, und überhaupt der Buddeschen Theorie stellte sich aber auch entgegen Ssp. III 45 § 8: „Twene wüllene hantschu unde en mesgrepe is der dagewerchten bute; ire weregelt is en barch vul weites von tvelf ruden, also jewelk rude von der anderen sta enes vedemes lang; jewelk rude sal hebben tvelf negele upwart; jewelk nagel sal von dem anderen stan als en man lang is bit an die sculderen, durch dat man den barch geboren moge von nagele to nagele; jewelk nagel sal hebben tvelf büdele; jewelk budel tvelf schillinge". Bereits Jacob Grimm hatte in seinen Rechtsaltertümern (1. Ausg. 1828) S. 675 f. berechnet, dass bloss diese Schillinge in 1728 Beuteln an 144 Nägeln die Summe von 20736 M. ausmachten und dass schon dieser Betrag als Wergeld das des freien Mannes beinahe 60 mal übersteige. Da ausserdem noch ein gewaltiger Getreideberg hinzukommen soll, hatte Grimm gefolgert, dass ein derartig ungeheures Wergeld dem auf der untersten Stufe der Unfreiheit stehenden Tagewerken nur „spottweise geboten wird: er empfängt es, dass heisst, er empfängt gar keins". Ganz offenbar hat Grimm hiermit Recht gehabt. Das aber war es eben, was für Budde unbequem sein musste. Nach seiner Theorie durften die Tagewerken nicht ohne Wergeld sein, weil die Wergeldslosigkeit ja ein Ausdruck der S t a n d e s l o s i g k e i t = Rechtlosigkeit sein sollte und weil die Tagewerken einem Stande, wenn auch nur dem untersten, angehörten. Darum holt er eine andere Erklärung der Stelle her. Er meint, in dieser sei unter dem Wergeld der Tagewerken deren Sachwert verstanden, wie ja auch derselbe Ausdruck vom Verfasser des Sachsenspiegels in gleicher Art ungenau auf die festen Preise der Tiere angewandt sei, so III 51: Nu vernemet umme vogele unde diere weregelt (vgl. S. 14). Budde hält diese Auffassung für einfacher und natürlicher als die Grimmsche (S. 14 A. 9). Solcher Meinung konnte er aber wohl nur deshalb sein, weil sein Blick getrübt war durch seine petitio principii. Man braucht nur die jener Stelle folgenden §§ 9 ff. anzuschauen, um sofort zu sehen, dass der Spiegler hier mit ähnlichem Humor,

mit welchem er in § 8 den Tagewerken das Wergeld abgesprochen hat, den Rechtlosen die Busse aberkennt. Die unehelichen Kinder sollen als Busse erhalten ein Fuder Heu, das zwei jährige Ochsen ziehen können. Ein Fuder Heu war jedenfalls damals, wie heute noch, auf dem Lande ein feststehendes Mass, das nicht als variabel gedacht war. Zwei jährige Ochsen aber sind zwei Kälber. Ein Fuder Heu, das zwei Kälber ziehen können, gibt es nicht. Hierauf ist bisher m. W. nicht aufmerksam gemacht worden, vielmehr hat man angenommen, dass die unehelichen Kinder in § 9 a. a. O. bezüglich der Busse besser gestellt seien als die übrigen Rechtlosen, indem man eben dem Fuder Heu Realität beilegte[7]). Diese dürfte ihm ebensowenig zukommen, wie der unmittelbar darauf genannten Busse der Spielleute etc., die in dem Schatten eines Mannes bestehen, und wie der Busse der Kämpfer, welche ein Blick von einem Kampfschilde gegen die Sonne sein soll. Wie diese Bussen nicht empfangbar sind, so ist nicht annehmbar die dem Dieb oder Räuber zur Verhöhnung zugedachte auf Strafe zu Haut und Haar anspielende Busse von zwei Besen und einer Schere.

Steht es also mit alledem im Einklang, dass man in § 8 eine den Tagewerken gegenüber erfolgende humorvolle Aberkennung des Wergeldes zu sehen hat, so lässt sich anderseits gegen die Buddesche Interpretation der Stelle sagen, dass die Bemessung des Sachwertes des Tagewerken auf einen so immensen Betrag vollends unverständlich wäre.

Aber das alles sieht ja Budde nicht, weil er voreingenommen ist. Er muss schon für die Tagewerken ein Wergeld finden, mag es auch nur, wie er es nennt (S. 14), ein uneigentliches, ein im Sachwerte bestehendes sein; er muss es finden, wenn seine a priori aufgestellte Theorie haltbar sein soll.

Unter diese zwingt B. dann ebenso die den Rechtlosen anhaftende Unfähigkeit zu gerichtlichen Handlungen, zunächst ihre Unfähigkeit zum Urteilfinden und Urteilschelten. Er erörtert namentlich die Stellen Ssp. III 70 § 1 und II 12 §§ 2 f. Die erstere lautet: Svar man nicht ne dinget under koninges banne, dar mut jewelk man wol ordel vinden

[7]) Vgl. z. B. Zöpfl oben S. 289 A. 9; Gierke, D. Pr.-R. I S. 420.

over den anderen, den man nicht rechtlos bescelden ne mach . . ." In Ssp. II 12 heisst es:

"§ 2. Scepenbare lüde muten wol ordel vinden over jewelken man. It ne mut aver uppe se neman ordel vinden, dat an ir lief, oder an ire ere, oder an ir erve ga, noch ordel scelden, he ne si in evenburdich.

§ 3. Buten koninges banne mut jewelk man over den anderen ordel wol vinden unde ordel scelden, die vulkomen is an sime rechte, um also gedan sake, die man ane koninges ban richten mach".

Budde erklärt die Stellen aus der Verfassung der freien Landgerichte. Höchste Richter seien gewesen der Graf und der Vogt, dieser als Verwalter der gräflichen Jurisdiktion in den Immunitätsbezirken. Unter dem Grafen habe gestanden als erster Unterbeamter der Schultheiss, als zweiter Gehilfe der Gogreve.

Graf und Vogt seien für die wichtigsten Sachen kompetent gewesen, nämlich für diejenigen, in welchen über Leben, Ehre oder echtes Eigen eines vollfreien wehrhaften Mannes zu entscheiden war. In diesen hätten jene höchsten Richter unter Königsbann gerichtet. Dass sie auch für geringere Sachen zuständig gewesen seien, sagt Budde indirekt. Doch habe der Graf solche "auch unter dem Vorsitze seiner ohne Königsbann richtenden Unterbeamten abtun lassen" können (S. 16 f.).

Mit der so auf die drei Grade des Richteramtes verteilten sachlichen Zuständigkeit habe sich eine nach den Ständen abgestufte persönliche Kompetenz verbunden. Der Graf habe gerichtet über die Schöffenbarfreien und mit ihnen als Dingversammlung und Urteilsfindern. Ebenso seien dem Schultheissen die Pfleghaften zugeteilt, dem Gogreven die Landsassen [8]).

Der Sinn von Ssp. II 12 § 2 sei nun dieser: Die Schöffenbaren hätten im höchsten Gerichte in jeder Sache und über jedermann Urteil finden können; sie seien ausschliesslich dazu befähigt gewesen, sobald unter Königsbann der Prozess habe geführt werden müssen (S. 18). Nach den vorangegangenen

[8]) Zu vorigem zitiert B. Ssp. III 64 § 4, I 59 § 1, I 2 §§ 2—4, II 22 § 1.

Ausführungen Buddes schien es fast, dass er dem Grafen- und Vogtgericht in persönlicher Beziehung nur die Kompetenz über Schöffenbarfreie und nicht über jedermann zuweisen wollte.

Den § 3 jener Stelle erläutert B. dahin, dass ausserhalb des Königsbanns jeder Urteil finden und schelten konnte, „nicht bloss der Schöffenbarfreie, sondern auch der Pfleghafte und Landsasse; oder mit anderen Worten, Sachen, welche keinen Königsbann erfordern, können auch in den Gerichten des Schultheissen und Gogreven verhandelt werden".

B. fährt fort: „Der Ausdruck jewelk man muss demnach auf die Mitglieder der freien Stände beschränkt werden: ausgeschlossen bleiben mithin zunächst alle Unfreien. Der Verfasser hält es nicht für nötig, darauf besonders aufmerksam zu machen, da die Unfreien ihre besonderen Hof- und Dienstgerichte hatten".

Hier fügt B. nun seine Theorie ein: „Es müssen aber nach der dargestellten Verfassung der freien Landgerichte auch alle Personen ausgeschlossen bleiben, welche zwar frei sind, aber doch zu keinem freien Stande gehören, weil eben, wie gezeigt worden, das Geschäft des Urteilfindens, womit auch die Berechtigung zum Urteilschelten zusammenhängt, in den einzelnen Gerichten nach den Ständen und deren Unterabteilungen verteilt ist. Hält man nun die Rechtlosen für standeslos, so erklärt sich hiernach ihre Ausschliessung" ... (S. 18 f.). Wer sähe nicht, dass hier wiederum eine vorgefasste Meinung in die Quellen hineingetragen wird?

Weiter soll nach Budde mit der Unfähigkeit der Rechtlosen zur Urteilsfindung, also zum Schöffenamt, ihre Unfähigkeit zum Zeugnis zusammengehangen haben (S. 19). Altgermanischer Rechtsgrundsatz sei es: „eines Ungenossen Urteil oder Zeugnis braucht niemand wider sich gelten lassen" (S. 20). In Ansehung des Zeugnisses sei er noch ausgesprochen im Schwsp. Landr. (W.) 54 Z. 36: „(1) Ist daz kint semper vrie, man sol ez mit sinen genozen uberziugen. (2) über swen man anders geziuge leiten sol, die mac man überziugen mit allen liuten, die ir reht niht verloren hant; ane die mit den mezen geltent. die en mugen an den dingen niht geziugen; unde die eigen

sint" [9]). Hier werde jener alte Grundsatz in seiner ganzen Strenge noch für den Adel, die Semperfreien ausgesprochen (Satz 1 der Stelle). Für die Gemeinfreien, solange sie noch einen einzigen Stand ausmachten, habe der Grundsatz gelautet: „Über einen gemeinfreien Mann kann jeder andere Freie urteilen und Zeugnis ablegen, ausgenommen ist bloss derjenige, welcher die Standesrechte entbehrt". In dieser Fassung trete indes die Regel noch in Satz 2 der Stelle entgegen: „sie ist unverändert geblieben, obschon es doch nunmehr zwei gemeinfreie Stände gab".

„Unter den Gemeinfreien standen nur noch Unfreie; diese waren gegen einen freien Mann aufzutreten natürlich ganz unfähig".

§ 20.

Exkurs

(über Schwsp. (W.) 54 Z. 36, Ssp. III 45 § 9 und I 5 § 2).

Budde wirft die Frage auf: Wer sind „die mit den mezen geltent"? Er meint, der Zusammenhang der Stelle führe darauf, sie den eigenen Leuten gegenüber für Unfreie der höheren Ordnung zu halten und mit den Lassen des Sachsenspiegels in Parallele zu stellen. M. E. sind sie nicht so sehr den in der Stelle nach ihnen genannten Unfreien, als vielmehr den vor ihnen erwähnten Rechtlosen anzugliedern. Die mezen sind doch wohl die Dirnen, die „fahrenden Frauen" des Mittelalters. Die mit ihnen gelten, dürften das Gesindel sein, das wie sie „fährt" oder in denselben Herbergen niedersten Grades, später auch wohl bei dem verachteten Henker als Gastvater seinen Unterschlupf findet, so die männlichen Sittelosen, die „Buben" [1]), die Gaukler, Gladiatoren, Spielleute usw. [2]). Auch der Sachsenspiegel

[9]) Vgl. Schwsp. (L.) 64.

[1]) Vgl. hierzu Kluge, Etymologisches Wörterbuch. Auch für die Dirnen begegnet die Bezeichnung: „apentliche Bofynnen", öffentliche Bübinnen, vgl. v. Maurer, Gesch. d. Städteverf. Bd. III 1870 S. 104.

[2]) Nach dem sächs. Weichb. Ausg. v. Daniels (oben S. 236 A. 30) art. 111 haben als unehrliche, rechtlose Leute im Vergleich zu den un-

nennt die Prostituierten in Verbindung mit den Spielleuten. Man hat das bisher zwar nicht gesehen. Für mich ist aber kein Zweifel daran, dass der Spiegler, wenn er in III 45 § 9 von der Busse der unehelichen Kinder, der Spielleute, aller derer, die sich zu eigen geben, der Kämpfer sowie der Diebe und Räuber spricht, **bei denen die sich zu eigen geben, nur an die sich hingebenden, sich wegwerfenden, an die Prostituierten gedacht hat.** Wie sollen diejenigen, die ihre Freiheit aufgegeben haben, in die Gesellschaft der Spielleute, Kämpfer, Diebe und Räuber kommen? Dass auch das Diebsgesindel in jenen Lasterhöhlen verkehrte, ist bekannt. Doch weitere Beweise für meine Auffassung über die Sachsenspiegelstelle. In der lex. Visig. III 4, 17 heisst es von einer ingenua meretrix, die einmal bestraft ist und rückfällig wird: ‚iteratim a comite CCC flagella suscipiat et donetur a nobis alicui pauperi, ubi in gravi servitio permaneat et numquam in civitatem ambulare permittatur'[3]). Häufig begegnet eine Verknechtung von Frauen wegen Geschlechtsvergehen im nordischen Recht[4]). Weiter teilt Grimm in den RA. S. 329 eine Stelle mit, die (v. J. 1130 und aus dem Kloster Garze stammend), den Monumenta Boica (München 1763 ff. Bd. I p. 12) entnommen, folgendermassen lautet: ‚Richilda, quae libertatem suam fornicando polluit, amisit . . . filiae illorum liberae permaneant . . . nisi forte adulterio vel fornicatione polluantur'. Also das fornicare der Frau erscheint hier als eine Selbstverknechtung. Dass die Prostituierten sich zu eigen geben, ist ein echt deutscher Gedanke, der heute noch in der

bescholtenen Freien (Ssp. III 45 § 4, 6) nur halbe Busse (bei Schlägen ohne Wunden) zu fordern „spelman, hempen, varnde vrowen und varnde lüde". Vgl. die Weichbildausg. v. Daniels, 1858, Art. 126 § 1. Vgl. ferner Osenbrüggen, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte, Schaffhausen 1868, S. 135, 391 ff.; O. Beneke, Von unehrlichen Leuten, 2. Aufl., Berlin 1889, S. 227; auch Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. I S. 446, v. Maurer a. a. O. S. 111.

[3]) Vgl. die Stelle auch bei Grimm, RA. S. 738. Statt civitatem liest er civitate.

[4]) Vgl. v. Amira, Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren, München 1874, S. 264.

Bezeichnung Dirne nachklingt. Dirne bedeutet ursprünglich Dienerin. Kluge meint im Etymologischen Wörterbuch (1905) „die got. Lautform wäre wahrscheinlich Diwaîrnô . . . Knechtstochter, die Tochter eines Unfreien, die daher selber unfrei d. h. Dienerin ist“. Versteht man in Ssp. III 45 § 9 unter denen, die sich zu eigen geben, die Prostituierten, so erklärt sich auch, weshalb der Spiegler ihnen und denen, „die mit ihnen gelten“, den Spielleuten, zur Busse den Schatten eines Mannes gibt. Die Busse der Kämpfer, der Blick von einem Kampfschilde gegen die Sonne, stellt eine Verhöhnung ihres Gewerbes dar. Und die Busse der Diebe und Räuber, zwei Besen und eine Schere, brandmarkt ihre Tat durch den Hinweis auf die Straffolgen, die sie nach sich zu ziehen pflegt. Sollte nicht auch in der Busse derer, die sich zu eigen geben, eine Andeutung ihres verächtlichen Verhaltens liegen? Der Schatten eines Mannes! Mit Männern haben ja die Prostituierten zu tun! Anders in etwa bei der vorher erwähnten Busse der unehelichen Kinder. Auch hier bringt ja zwar der Spiegler, wie wir sahen, humorvoll den Mangel der Busse zum Ausdruck, aber er hat insoweit doch noch nicht Veranlassung zu dem beissenden Humor, mit dem er die Busselosigkeit des fahrenden Gesindels ausspricht. Im übrigen ist aber auch, abgesehen von dem Humor, zwischen der Darstellung der Busse- und Wergeldslosigkeit der Tagewerken und Busselosigkeit der unehelichen Kinder ebenso ein verbindender Faden wahrzunehmen, wie zwischen der Darstellung der Busselosigkeit der verschiedenen Klassen des Gesindels. Wird letzteres mit Bezug auf sein Verhalten verhöhnt, so lässt bei den beiden ersteren Gruppen die Phantasie des Spieglers zwar nach dem einen Bild vom Weizenberg ein neues auftauchen, aber die Ideenassozition spielt hier doch nur vom Weizen zum Heu über, wie bei der vorangegangenen Darstellung der Busselosigkeit der Tagewerken auf deren das Werden von Weizen und Heu vorbereitende Frohnarbeit mit der Scheinbusse von zwei wollenen Handschuhen und einer Mistgräpe angespielt war. Die beiden Handschuhe sind das Zeichen der Unterwerfung unter die Herrengewalt [5]). Die Ideenverbindung

[5]) Vgl. die Stellen bei Grimm, RA. S. 153.

„Kinder der Unzucht und zuchtloses Gesindel" erklärt dann die Erwähnung der Spielleute, der Prostituierten usw. im Anschluss an die unehelichen Kinder. Auch hierin liegt ein gewisses Argument für die Richtigkeit meiner Interpretation.

Auf solche intimen Zusammenhänge müsste m. E. überhaupt mehr, als bisher geschehen ist, bei der Interpretation des Sachsenspiegels Wert gelegt werden[6]). Ich glaube, dass man dadurch dem Gedankengange und Vorstellungskreise seines Verfassers gerechter würde. Um nur eines zu erwähnen, was mit den bisherigen Erörterungen in Beziehung steht, so ist m. E. bisher[7]) infolge Zerreissung des Zusammenhanges durchweg ganz falsch gedeutet worden die berühmte Stelle Ssp. I 5 § 2: „Wif mach mit unkuschheit irs lives ire wifliken ere krenken; ire recht ne verlüst se dar mede nicht noch ir erve". Wir haben bereits gesehen, wie Eichhorn und Marezoll in der Stelle einen Beleg fanden für eine blosse Kränkung der Ehre durch bösen Leumund im Gegensatz zum Ehrverlust bei der Ehrlosigkeit bzw. Rechtlosigkeit (oben S. 256, 260). Demnächst ist sie dann wieder und wieder für den Beweis der Auffassung verwertet worden, dass die Ehrlosigkeit verschieden von der Rechtlosigkeit sei. Schon bei Albrecht (vgl. oben S. 276) findet sich ein Ansatz hierzu. Phillips spricht die Lehre mit aller Bestimmtheit aus (oben S. 279). Und bis heute ist sie herrschend geblieben (vgl. z. B. noch Gierke, D. Pr.-R. I S. 420 A. 40). Nun betrachte man aber den Zusammenhang, in welchem die Stelle steht. Ihr vorher geht der Satz: „De dochter, de in me huse is unbestadet, de ne delet san nicht irer muder rade mit der dochter, de utgeradet is. Svat sie aver erve an irstirft, dat mut se mit der süster delen". Also es ist die Rede von dem Rechte der unausgestatteten Tochter an der Gerade im Gegensatze zum Erbe. Dem Spiegler schiesst nun etwa der Gedanke durch den Kopf, dass die unausgestattete, die unverheiratete Tochter versucht

---

[6]) Schon Homeyer, Des Sachsenspiegels I. Teil, 3. Aufl. 1861 S. XIV, hat hierzu anzuregen versucht.

[7]) Ich meine bis heute, nicht etwa bloss bis auf Budde, von dessen Besprechung aus ich zu diesem Exkurs gelangte.

sein könnte, das, was die Ehe ihr bieten würde, auf illegitimem Wege zu kosten. Vielleicht denkt er auch daran, dass die Ehelose dieses ihr Geschick durch geschlechtliche Verirrung verschuldet habe. Wir sahen ja schon, dass bereits bei den alten Germanen einem gefallenen Mädchen die Ehe abgeschnitten war (oben S. 232). Aber wie dem auch sei, jedenfalls besteht ein Zusammenhang mit dem vorangegangenen Satze, wenn der Spiegler nunmehr sagt: „Wif mach etc. ir recht ne verlüst se dar mede nicht noch ir erbe“. Offenbar kehrt hier lediglich der vorher erwähnte Gegensatz wieder: Recht an der Gerade und Erbe. Der Gedanke an die mit der Ehrlosigkeit in Beziehung stehende Rechtlosigkeit ist ganz fortzubannen. Die Stelle enthält am allerwenigsten einen Anhaltspunkt dafür, dass feile Dirnen nach dem Sachsenspiegel nicht rechtlos gewesen seien [8]). Behaupten zu wollen, dass das Gewerbe der Prostituierten nicht allgemein zu den rechtlosmachenden Gewerben des Mittelalters gehört habe, hiesse übrigens dem entwickelten Christentume der Deutschen eine vollständige sittliche Degeneration gegenüber dem Heidentum ihrer Vorfahren vorwerfen. Bereits Huth hat ja gezeigt, wie streng die alten Germanen der weiblichen Unkeuschheit entgegentraten. Quellen der späteren Zeit, die ausdrücklich von der Rechtlosigkeit der Dirnen Kunde geben, wurden schon erwähnt [9]). Die Reichspolizeiordnung von 1530 nennt diese Frauenspersonen in Art. 20 „unehrliche Weiber“, was bei Annahme der Einheitlichkeitstheorie rechtlich als dasselbe wie „rechtlose Weiber“ zu betrachten ist. Es wäre seltsam, wenn nicht auch der Verfasser des Sachsenspiegels die Prostituierten als rechtlos angesehen hätte. Dass er dieses auch ausdrücklich in III 45 § 9 ausgesprochen hat, habe ich nachzuweisen gesucht.

[8]) Dieser Ansicht ist z. B. Hillebrand, Über die gänzliche und teilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre nach den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters, Giessen 1884 (Diss.) S. 29.

[9]) Oben S. 283 A. 2; S. 310, 311 A. 2; vgl. auch Stobbe-Lehmann I S. 403; Gierke, Deutsch. Privatr. I S. 419 b.

§ 21.

Buddes Rechtlosigkeitsbegriff.

(Fortsetzung.)

Kehren wir nach diesem Exkurs zur Besprechung Buddes zurück! Knüpfen wir wieder an den Satz an, in welchem B. sich dahin äussert, dass die unter den Gemeinfreien stehenden Unfreien natürlich ganz unfähig waren, gegen einen freien Mann aufzutreten (oben § 19 a. E.). Ebenso unfähig hierzu, meint B., seien auch die Standeslosen gewesen. Er sagt: „Beide werden in unserer Stelle namentlich genannt, wenn es anders richtig ist, dass die Rechtlosigkeit in der Entbehrung aller Standesrechte besteht" (S. 22 bei Budde, vgl. oben S. 310 Satz 2 der Stelle). Man sieht hier wiederum, wie sich die petitio principii bemerkbar macht[1]).

B. fährt fort: „Sollte indessen noch irgendwie unsicher scheinen, ob es wirklich der Mangel an Standschaft sei, welcher den Rechtlosen von den Schöffenstühlen verbannt und ihn folglich auch als einen verwerflichen Zeugen erscheinen lässt, so muss jeder Zweifel verschwinden vor einem in die Zeit der Rechtsbücher fallenden Reichsgesetze. In der Const. pacis, an. 1235 kommt folgende Stelle vor: ‚Monum. Germ. hist. (fol.) IV (Leg. II) S. 316 Z. 27: In omnibus tamen causis memoratis sit omnis testis liber, integri status, et bone fame, in causis parium principum et aliorum, sive inferiores ipso sint, etiam ministerialiter. Ministeriales vero in causis ministerialium et inferiorum, sed non in causis liberorum. Rustici vero et servilis conditionis homines in causis non superiorum set suorum parium admittantur. . . .‘ . . . Die Zeugen werden hier wieder nach dem Stande klassifiziert unter Anwendung des Grundsatzes, dass jeder nur gegen eine Partei von gleicher oder geringerer Herkunft auftreten könne" (S. 22 f.). In dem deutschen Texte der Wiederholung des Gesetzes unter König Rudolf vom 13. Dezember

[1]) Die weiteren Sätze der Stelle, die Budde ebenfalls bespricht und in denen er Ausnahmen sieht, interessieren für unseren Zweck weniger.

1281 (Mon. Germ. (fol.) IV Leg. II S. 436) lauteten die Anfangsworte bei missverständlicher Zugrundelegung der Lesart patrum statt parium, also: „An allen disen sachen, die hie vůr gescriven sint, mach en ielich sentbere vriman, der sin recht hat behalten, den vater, er si vurste, oder anders en hoh man, helfen bezugen, swaz er weis". Hier sei ‚integri status', also Unverletztheit der Standesrechte, welche die Zeugnisfähigkeit bedinge, übersetzt mit „der sin reht hat behalten". Dass die Hindeutung auf die Rechtlosigkeit wirklich in den Worten integri status, nicht in bonae famae liege, gehe aus einer anderen Stelle desselben Gesetzes deutlich hervor. Der lateinische Passus (Mon. IV Leg. II p. 314 Z. 14) „duobus aliis synodalibus viris integri status" laute deutsch (p. 575 Z. 14): „mit zwein andern sentbaren mannen, die ir reht behalten hant" (S. 26—29). Schon Gerber a. a. O. S. 706 hat dagegen zutreffend geltend gemacht: „Offenbar begeht der Verfasser hier eine . . . . petitio principii; denn schon der römische Ausdruck ‚status permutatio' hätte ihm sagen sollen, dass status nicht ‚Geburtsstand', sondern ‚Rechtszustand' heisse".

Ohne jede Überzeugungskraft ist weiter der Beweis, dass auch die Ausschliessung der Rechtlosen vom Richteramte aus ihrer Standeslosigkeit sich erkläre. B. folgert dieses daraus, dass alle Richter einem bestimmten Stande angehören, der Graf dem Herrenstande, der Schultheiss mindesten dem Stande der Schöffenbarfreien, weil er im Grafengericht erster Schöffe des Grafen war. Die Verhältnisse des Gogreven seien nicht ganz klar. Da er aber gewählt sei, „so muss es als unmöglich erscheinen, dass die Wahl der Dingpflichtigen auf jemanden hätte fallen können, der seinen persönlichen Eigenschaften nach nicht auch fähig gewesen wäre, die Funktionen eines Schöffen zu versehen" (S. 30). Der Gedankengang Buddes ist also folgender: Sämtliche Richter gehören einem Stande an. Die Rechtlosen können nicht Richter sein. Also sind sie standeslos. In der Tat ein völlig verkehrter Schluss, der wiederum nur eine Ausgeburt der vorgefassten Meinung Buddes ist.

Den Rechtlosen fehlt ferner die Befugnis, als Fürsprecher einer Partei im Prozess aufzutreten. Bei der

Erklärung dieses Mangels aus der Standeslosigkeit ist für Budde unbequem Ssp. I 61, § 4: „Jewelk man mut wol vorspreke sin binnen dem lande to sassen to landrechte, sunder papen, den man an sime rechte nicht bescelden ne mach“ (S. 30 f.). Gleichwohl weiss B. auch die Fürsprecherfunktion als bedingt durch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Stande hinzustellen. Die Worte „Jewelk man“ bezögen sich zunächst selbstverständlich nicht auf die Unfreien; „vor den Landgerichten können sie überall nicht erscheinen, folglich auch nicht in der Eigenschaft eines Fürsprechers“. Anderseits habe der Adel zwar die Befugnis zu dieser Funktion gehabt, er werde davon aber in den gewöhnlichen Landgerichten wohl (!) nicht leicht (!) Gebrauch gemacht haben. Demgemäss habe die Stelle lediglich (!) die beiden Stände der Gemeinfreien im Auge, nämlich erstens die Schöffenbaren und zweitens die Pfleghaften und Landsassen. Diese hätten sich nun freilich wechselseitig ohne Rücksicht auf die obwaltende Standesverschiedenheit jenen Dienst leisten können. Doch liege der Grund hierfür darin, dass die genannten Stände ehemals einen einzigen Stand gebildet hätten. Die Spaltung desselben sei bezüglich des in jener Stelle ausgesprochenen Grundsatzes, dass in den Landgerichten aus den freien Ständen jeder als Fürsprecher fungieren könne, unbeachtet geblieben. Somit (!) sei auch bei der Auswahl der Fürsprecher das Prinzip der Ebenbürtigkeit beobachtet worden. Deshalb habe der Standeslose nicht als Fürsprecher auftreten können. Der Rechtlose sei hierzu unfähig gewesen. Also sei die Rechtlosigkeit = Standeslosigkeit (S. 31 f.). Diese Gedankenreihe Buddes musste, wie die Besprechung seines Buches ähnliches auch sonst mehrfach erfordert, erst aus einer Fülle von Unklarheit herausgeschält werden. Was an ihr im Verhältnis zu derjenigen, welche die Ausschliessung der Rechtlosen vom Richteramte betraf, neues ist, richtet sich von selbst. Im übrigen führt sie lediglich zu demselben Trugschlusse, der bereits auf S. 317 gekennzeichnet ist.

Unbequem für die Buddesche Theorie ist schliesslich die angebliche Unfähigkeit der Rechtlosen, einen anderen vor Gericht **für sich** sprechen zu lassen. B. stellt dieses als den Rechtsbüchern unbekannt hin und als eine erst in

den Glossen und Richtsteigen sich findende Behauptung, die auf einer Verwechselung des Fürsprecheramtes mit der Vormundschaft beruhe. Nach dem Verm. Ssp. IV 26, 12 scheine es vielmehr, dass die Rechtlosen einen Fürsprecher hätten haben müssen. Hier heisst es: „Eyn iczlich unbeschuldener man mag sin wort selber sprechen, dywile he sich des schaden getrosten wel, der om selber dovon ensten magk, wenne wandel unde holunge mag he nicht gehabe". Unbescholten bezeichne das Gegenteil der Rechtlosigkeit. Also ein nicht rechtloser Mann möge sein Wort selber sprechen. Der Rechtlose müsse somit einen Fürsprech haben. Auch dieser Schluss ist keineswegs zwingend!

Budde geht dann dazu über, auch die Ausschliessung der Rechtlosen von der Vormundschaft auf ihre Standeslosigkeit zurückzuführen. Er beruft sich darauf, dass der tutor legitimus des deutschen Rechts, der rechte Vormund der nächste ebenbürtige Schwertmage des Mündels gewesen sei [2]). Ebenburt aber setze Einheit des Standes voraus, die den Rechtlosen als Standeslosen auch untereinander nicht zukomme (Budde a. a. O. S. 35, vgl. oben S. 305). Der Rechtlose entbehre aber nicht bloss des rechten, sondern auch des richterlich gesetzten Vormundes. Denn Ssp. III 16 § 2 sage ganz allgemein: „Rechtlose lüde ne solen nenen vormünden hebben". In Ansehung der gesetzten Vormünder habe nun zwar das Prinzip der Ebenbürtigkeit nicht gegolten. Gleichwohl lasse sich auch jene Versagung gesetzter Vormünder aus der Standeslosigkeit der Rechtlosen erklären. Denn die Dativtutel habe mit der rechten Vormundschaft innerlich zusammengehangen. „Der Richter hat nämlich nur dann einen Vormund zu setzen, wenn ein rechter Vormund zwar vorhanden ist, aber für einen einzelnen Fall sich ausserstande befindet, seine Pflichten wahrzunehmen, z. B. eine Frau will eine handhafte Tat mit Gerüfte klagen, hat aber augenblicklich ihren rechten Vormund nicht zur Hand, oder sie will gegen den letzteren selbst vor Gericht Beschwerde führen [3]). Daher dauert denn auch diese interimistische Tutel niemals

[2]) Ssp. I 23 § 1.
[3]) Ssp. I 43, 44; Schwsp. (W.) 59 = L. 74.

länger als das Rechtsgeschäft, wegen dessen sie angeordnet wurde[4])" (S. 36).

Nicht immer habe so die gesetzte Vormundschaft die ihrerseits durch Zugehörigkeit des Mündels zu einem bestimmten Stande bedingte rechte Vormundschaft vorausgesetzt. „In einem Falle wird . . . für einen einzelnen vorübergehenden Zweck ausnahmsweise ein Vormund bestellt, obschon es an einer dauernden Vormundschaft gänzlich gebricht. Dies geschieht nämlich, so oft ein Rechtsstreit durch Zweikampf entschieden werden soll, den eine Partei wegen Lähmung nicht zu bestehen vermag. Ein solches körperliches Gebrechen erkennt der Sachsenspiegel nicht als Grund einer beständigen Bevormundung an, ein Vertreter im Kampfe ist aber natürlich unerlässlich". Aber für solche gesetzte Kampfesvormundschaft habe das Ebenbürtigkeitsprinzip selbständige Bedeutung gehabt. Zur Übernahme sei nur ein ebenbürtiger Schwertmage der zu vertretenden Partei geeignet gewesen[5]). Der Rechtlose habe also wegen seiner Standeslosigkeit des Kampfesvormundes entbehren müssen. (S. 37—39.)

Der Rechtlose war aber nicht bloss passiv, sondern auch aktiv vormundschaftsunfähig. Charakteristisch ist die Buddesche Erklärung: „Aus dem Wesen der germanischen Vormundschaft folgt von selbst, dass unter Voraussetzung der Standeslosigkeit der Rechtlose nicht Vormund eines anderen sein könne. Zur Führung einer rechten Vormundschaft fehlte ihm die Ebenburt; zur Übernahme einer Dativtutel eignete er sich nicht, weil er gerichtliche Akte für andere vorzunehmen unfähig war. . . . Ohnehin wurde auch bei der Dativtutel ohne Not gewiss nicht ein unebenbürtiger Vormund genommen" (S. 39).

Demnach hält Budde es für dargetan, „dass der aufgestellte Begriff der Rechtlosigkeit vollkommen genüge, alle bekannten Wirkungen derselben zu erklären" (S. 40). Hier macht sich wieder das apriorische Feststehen der Meinung Buddes bemerkbar.

---

[4]) Ssp. I 47 § 2.
[5]) Ssp. I 63 § 3.

Während nun in der Rechtlosigkeit nur Rechte negiert würden, „welche auf der Voraussetzung einer Standschaft beruhen" (S. 40), könnten alle Rechte, welche hiermit nicht in Verbindung stehen, „von dem Rechtlosen so gut wie von jedem anderen erworben und ausgeübt werden": „er ist rechtsfähig, sowohl im Gebiete des Vermögens, als in dem der Familie. . . . Vollends bleiben die Rechte, welche lediglich Anerkennung der Persönlichkeit zur Voraussetzung haben, ungekränkt: Daher kann namentlich an dem Rechtlosen ein Verbrechen begangen werden: Niemand tötet oder verletzt ihn ungestraft"[6]) (S. 41).

Endlich passt B. noch die Rechtlosigkeit der Unfreien und der Juden seiner Theorie ein. Die Rechtlosigkeit der Unfreien war bereits Marezoll nahe getreten (oben S. 264 f.). Er hatte sie mit offenbar nicht stichhaltigen Gründen zurückgewiesen, weil er im Banne der Eichhornschen Theorie stand, die in der Rechtlosigkeit einen Mangel der Freiheitsrechte sah. Budde hebt zunächst die Verkehrtheit jener Gründe hervor. Mit Bezug auf die Marezollsche Annahme, dass in Ssp. II 19 § 2 entweder unter dem eigenen man ein (ritterbürtiger) Ministeriale zu verstehen sei oder aber vorgängige Freilassung vorausgesetzt werden müsse, sagt er mit Recht: „Jener Sprachgebrauch wäre . . . unerhört, und von einer Freilassung ist auch nicht im Entferntesten die Rede" (S. 42). Ausserdem teilt er eine weitere Stelle mit, in welcher unzweifelhaft von der Rechtlosigkeit eines Unfreien die Rede ist, nämlich c. 32 aus dem Hofrecht Burchards von Worms (nach Walter Corpus iur. Germ. III p. 779)[7]): ‚Si quis ex familia furtum fecerit, et hoc non pro necessitate famis, sed propter avaritiam et cupiditatem et propter consuetudinem fecit, et quod furatus est, si V solidis appreciari potest et superari potest, quod aut in marcello publico, aut in conventu concivium debitori vadiatus sit supradictum furtum, ad correptionem malorum constituimus, ut legem sibi innatam propter furtum perditam habeat'. Offenbar soll mit den letzten

---

[6]) Ssp. III 45 § 11.

[7]) Auch bei Grimm, Weist. I S. 807 f., und in Mon. Germ. 4° Leg. IV, 1 (1893) p. 644.

Worten die Strafe der Rechtlosigkeit bezeichnet sein. Budde legt sie nun gleich im Sinne der Standeslosigkeit aus. Der Dieb „solle seine Geburtsrechte, also die angebornen Rechte eines Mitgliedes der unfreien Genossenschaft einbüssen". Budde unterstützt dieses durch die Ausführung einer rationalistischen Erwägung, wie er sie schon a priori ganz im Beginn seiner Untersuchung (oben S. 305) über die Rechtlosigkeit angestellt hatte. Er sagt: „ . . . Der Unfreie gehört einem Stande an, welcher in der Sphäre des Hofrechts selbständig berechtigt ist; der Lasse hat sogar ein eigentliches Wergeld; diese Standesrechte können dem Unfreien entzogen sein, der dadurch dann rechtlos wird" (S. 42).

Die Rechtlosigkeit der Juden ist erwähnt im vermehrten Sachsenspiegel III 17 dist. 3 und 4 [7]), und zwar soll sie eintreten für den Fall des Verstosses gegen die Bedingungen, unter welchen den Juden das Privilegium erteilt ist, Pfandsachen, die vom Eigentümer als gestohlene vindiziert werden, nur gegen Ersatz des Pfandschillings herauszugeben. Jene Bedingungen sind drei, nämlich: 1. Der Pfandvertrag muss bei Tage abgeschlossen sein, 2. die Verpfänder müssen unverdächtige Leute sein, 3. der Beklagte darf den Besitz nicht ableugnen. Der sich gegen die ersten beiden vergehende Jude wird nach Dist. 3, abgesehen von dem Verluste des Privilegiums, mit Rechtlosigkeit bestraft, er wird „rechtlos unter den Juden und Christen". Nun tritt aber der Buddeschen Theorie entgegen, dass die Juden während des Mittelalters durchaus als Fremdlinge angesehen werden, in keiner Rechtsgemeinschaft mit den Christen leben, vielmehr vollkommen isoliert dastehen, ausgeschlossen sind von jedem corporativen Verbande und namentlich keinen Teil haben an den Rechten irgendeines Geburtsstandes (S. 43 f.). „Aus diesem Grunde müssen sie ohne weiteres sämtlich unter die Rechtlosen verwiesen werden". Demgemäss würden die Juden von der Strafe der Rechtlosigkeit „gar nicht betroffen werden, wenn man dabei an die Rechtlosigkeit im eigentlichen Sinne des Wortes denken wollte" (S. 44).

---

[7]) Vgl. Ortloff, Rechtsb. nach Dist. S. 168 f.

Damit deutet Budde schon an, wie er sich aus der Verlegenheit hilft, in welche ihn seine Theorie hier geführt hat. Er geht darauf aus, „für den Ausdruck rechtlos in diesem Zusammenhange eine andere Bedeutung aufzufinden“, und glaubt, dass Dist. 4 ihm „Gelegenheit“ dazu biete. Hier wird die Strafe für den Verstoss gegen die obengenannte Bedingung Nr. 3 so ausgedrückt: „Loukent er aber des dubigen gutes, so vorlust er siner pfenninge daran; man mac in auch czu einem mitheler czelen, unde vorluset judisch recht und alle recht, dy von keysern und fursten in geben sint“ (S. 45). „Man sieht auf den ersten Blick, dass hier nur dieselbe Strafe wiederholt wird, welche (in) Dist. 3 auf die Nichtbeobachtung der beiden anderen Vorschriften gesetzt worden ist. . . . Die eintretende Rechtlosigkeit, von welcher in der vorhergehenden Dist. die Rede war, wird hier erläuternd umschrieben; sie besteht in dem gänzlichen Verluste aller jüdischen Rechte und Privilegien. Bezieht sich der Ausdruck rechtlos in seiner technischen Bedeutung wirklich auf den Mangel an allen Standesrechten[8]), so lag es in der Tat nahe, ihn analogerweise auf die ihrer eigentümlichen, angeborenen Rechte beraubten Juden anzuwenden: Diese scheiden gewissermassen in rechtlicher Beziehung aus der Gemeinschaft mit ihren Stammesgenossen heraus, indem sie gerade die Vorrechte verlieren, welche den Juden im Staate auszeichnen, ebenso wie der Rechtlose die Rechte verliert, welche dem einzelnen seine Stellung zur Gesamtheit anweisen“ (S. 46). Wer hätte nicht auch hier den Eindruck, dass Budde seine Theorie zu einem Prokrustesbett machte!

Ich will die Besprechung der Art und Weise, wie Budde die Wirkungen der Rechtlosigkeit seiner Theorie anpasst, nicht schliessen, ohne einen auf alle jene Wirkungen zutreffenden Satz Gerbers mitzuteilen. Er sagt a. a. O. S. 703: „Betrachtet man . . . den Inhalt der Rechte, welche durch die Rechtlosigkeit verloren werden, z. B. Mangel des Wergeldes, Unfähigkeit zu gerichtlichen Handlungen usw., so findet man, dass diese Rechte keineswegs einen besonderen Stand voraussetzen, sondern

[8]) Hier macht sich wieder die Voraussetzung Buddes bemerkbar.

die einer jeden rechtsfähigen Person als solcher, nicht als Mitglied eines Standes, zustehenden Befugnisse sind. Der, welcher dieser Rechte bar wird, erscheint mir nicht als aus einem Stande ausgestossen, sondern nur als einzelner allgemeiner Berechtigungen beraubt".

§ 22.

Die Gründe der Rechtlosigkeit bei Budde.

Wenn B. somit die Wirkungen der Rechtlosigkeit einem ihr Wesen ertötenden Zwange unterwirft, so hat er sich in Ansehung der Rechtlosigkeitsgründe ein unbestreitbares Verdienst durch die Feststellung erworben, dass die Quellen geborene und gewordene Rechtlose unterscheiden. In Ssp. I 48 § 1 heisst es: „Alle die unecht geboren sin oder de sik rechtlos gemaket hebben". Umgekehrt sagt der vermehrte Sachsenspiegel IV, 26, 1 [1]): „Wer von rechte elich geborn ist unde sin recht nicht verworcht had" [2]). Diese beiden Kategorien der Rechtlosen scheidet B. dann auch bei Erörterung von Ssp. I 38 § 1 (vgl. oben S. 234). Den geborenen Rechtlosen weist er nur zu „Ausser der Ehe Erzeugte ohne Ausnahme" und die ehelichen Kinder der Kämpfer (S. 48—50). Dagegen stellt er in die Kategorie der gewordenen Rechtlosen einmal die Kämpfer [3]) und Spielleute als diejenigen, welche eine verächtliche Lebensweise ergreifen und ferner die Diebe und Räuber, sowie die zu Strafen an Hals und Hand oder an Haut und Haar Verurteilten (S. 53—66). M. E. ist er hiermit der Einteilung, welche der Verf. des Sachsenspiegels im Sinn hat, nicht gerecht geworden. In der eben zitierten Stelle dürfte der Spiegler die ihm geläufigen Kategorien angeborene und infolge Verwirkung des Rechts entstandene Rechtlosigkeit in viel bestimmterer Gegenüberstellung zur Anwendung gebracht haben, als er es im Falle der Richtigkeit der Buddeschen Gruppierung getan hätte. Ich glaube, dass der Spiegler zunächst die geborenen Rechtlosen aufzählen will mit den Worten: „Kempen unde ire kindere, spelüde, unde alle die unecht geborn sin".

[1]) Vgl. Ortloff a. a. O. S. 238.

[2]) Weitere Stellen bei Budde S. 47.

[3]) Den Begriff der Kämpfer erörtert er eingehend S. 53—56.

Es folgen dann die gewordenen Rechtlosen „unde die düve oder rof sünet oder weder gevet, unde de des vor gerichte verwunnen werdet oder die ir lif oder hut unde har ledeget“.

In der Tat musste zu einer Zeit, in welcher der Sohn durchweg den Beruf des Vaters zu ergreifen pflegte und meist nicht anders konnte, in welcher also der Beruf gewissermassen angeboren wurde, auch die Rechtlosigkeit der gewerbsmässigen Kämpfer und Spielleute schon dieserhalb als eine angeborene erscheinen, ganz abgesehen von dem in Ssp. I 51 § 3 ausgesprochenen Grundsatze, dass sich überhaupt jede Rechtlosigkeit bis ins dritte Glied vererbt (vgl. unten § 26 a. E.). Fasst man so den ersten Teil der Stelle auf, dann dürfte auch die Buddesche Übersetzung der Worte: „unde alle die unecht geborn sin“ mit „Ausser der Ehe Erzeugte ohne Ausnahme“ unrichtig sein. Vielmehr will der Spiegler damit, nochmals zusammenfassend und generalisierend, sagen: „und überhaupt alle, die unecht geboren sind“. Unecht aber bezieht sich hier nicht lediglich auf die uneheliche Geburt, sondern ebenso auch auf die „unehrliche“, „unechte“, d. i. rechtlos machende Geburt der Kinder von Kämpfern und Spielleuten und sonstigen fahrenden Leuten (vgl. oben S. 311). Auf diese Weise entfällt denn auch eine Singularität, die bisher zwar allgemein angenommen, aber noch von niemandem verständlich gemacht wurde. Aus der in Rede stehenden Stelle entnahm man nämlich, dass die Rechtlosigkeit kraft Berufsmakels nur beim Gewerbe der Kämpfer von den Eltern auf die Kinder sich vererbe. Hier, wie so oft, ging man dabei von der durchaus verkehrten Voraussetzung aus, dass der Verf. des Sachsenspiegels einer in jeder Beziehung korrekten Redeweise sich bedient habe. Man hat zu wenig versucht, das, was er sagen wollte, aus seinen Eigentümlichkeiten und seinem Milieu zu begreifen. Speziell unsere Stelle hat man, losgelöst von Verfasser, Zeit und Ort, lediglich vom allgemein logischen Standpunkte aus interpretiert.

Meine Ansicht, dass der Spiegler in I 38 § 1 die Kämpfer und Spielleute sowie das sonstige fahrende Volk als geborene Rechtlose mit im Sinn hat, kann durch Ssp. III 28 eher bestätigt als widerlegt werden. Es heisst daselbst: „§ 1. Svene man unecht seget von bort oder von ammechte, dat mut up ine

getügen die't dar seget selve sevede mit vulkomenen lüden an irme rechte. Doch mut en man sin echt unde sin recht bat behalden mit getüge, dan man ine mit getüge dar af wisen moge. § 2. Sprict man aver, dat he sin recht verloren hebbe vor gerichte mit düve oder mit rove, dat mut die richtere getugen selve sevede". Hier wird ja zwar eine Unechtheit „von ammechte", d. h. kraft Berufsmakels neben der Unechtheit von Geburt erwähnt. Aber sie wird in Ansehung des Beweises in gleicher Weise behandelt, wie diese (§ 1) und mit ihr der Rechtlosigkeit, Unechtheit zufolge Verbrechensbegehung (§ 2) gegenübergestellt. Also bezüglich der rechtlichen Behandlung werden nur zwei Kategorien unterschieden, die sich offenbar decken mit den beiden Gruppen in I 48 § 1: Alle die unecht geboren sin, oder de sik rechtlos gemaket hebbet[4]), die ja auch in I 38 § 1 aufgewiesen sind. Die erste dieser Gruppen wird in III 28 § 1 durch die Teilung unecht von bort oder von ammechte nur noch genauer spezialisiert.

Bezüglich der durch Verbrechen „gewordenen" Rechtlosen meint B., dass bei Diebstahl und Raub die Rechtlosigkeit sich unmittelbar an die Tat, im übrigen aber erst an die Verurteilung zur Strafe an Hals und Hand oder an Haut und Har geknüpft habe. Ersteres sei im Prinzip nicht bloss im Sachsenspiegel, sondern auch im Schwabenspiegel bestimmt. Aus Ssp. I 38 § 1 kommt in Betracht der Passus: „die düve oder rof sünet oder weder gevet, unde de des vor gerichte verwunnen werdet". Diese Worte dürften nicht strikt interpretiert werden. Denn nicht die aussergerichtliche Sühne, nicht das Wiedergeben des gestohlenen oder geraubten Gutes mache rechtlos. In solchem aussergerichtlichen Vergleiche liege vielmehr ein Geständnis der Tat. Nur diese sei der Grund der Rechtlosigkeit. Die Parallelstelle des Schwabenspiegels sei Kap. 39 (W.) (= 42, L.): „Ist daz si daz geriuwet, daz si den strazroup genomen hant, unde gebent si in wider ane twancsal, so hant si dannoch ir reht nit verloren. werdent si aber dar zuo mit gerihte getwungen, so enmugen si vür baz nimmer mere niemande keines rehtes gehelfen, unde sint ouch verworfen von aller geziucnüsse alle

[4]) A. M. Budde, der S. 81 mit Bezug auf Ssp. III 28 sagt: „Die Unterscheidung geborener und gewordener Rechtlosen bleibt ausser acht".

die dirre getat schuldic sint, diu hie vor genennet ist". Hier sei die Rechtlosigkeit des Strassenräubers ebensowenig wie in jener Sachsenspiegelstelle „von seiner Verurteilung in eine bestimmte Kriminalstrafe abhängig gemacht; es soll vielmehr genügen, wenn er nur zur Entschädigung des Beraubten durch richterlichen Zwang angehalten wird, was ohne Zweifel im Wege des Zivilprozesses geschehen kann". Die aussergerichtliche, vertragsmässige Abfindung des Gegners werde dagegen im direkten Widerspruche mit dem Sachsenspiegel als ein Mittel bezeichnet, die Gefahr der Rechtlosigkeit völlig abzuwenden. Diese seine vom Sachsenspiegel abweichende Meinung habe der Verf. des Schwabenspiegels bei Anwendung auf den Strassenraub besonders umständlich und bestimmt ausgesprochen, vorher aber schon im Kap. 38 als Regel hingestellt, indem er die Worte des Ssp. „die diüve . . . verwunnen werdet" so wiedergegeben habe: „die diupheit oder den rehten strazroup vergolten hant, die des mit gerichte betwungen sint". Die Abweichung erkläre sich einfach und leicht, wenn man die „Annahme" festhalte, „von welcher oben ausgegangen wurde, dass der Dieb und Räuber ipso facto rechtlos seien". „Beide Schriftsteller waren darüber einig, dass die Begehung des Verbrechens rechtlos mache; natürlich kann aber diese Wirkung erst eintreten, wenn die Tat selbst bewiesen ist; es kam also darauf an, die Art der Beweisführung genauer anzugeben. Der Sachsenspiegel enthielt darüber eine vereinzelte Bestimmung: er begnügte sich mit einem aussergerichtlichen Geständnisse, welches noch dazu erst aus konkludenten Handlungen geschlossen werden musste. Der Verfasser des jüngeren Rechtsbuches glaubte in diesem Punkte strenger sein zu müssen, er forderte einen förmlichen Beweis. Sollte die Entschädigung des Verletzten dafür gelten, so musste sie auf richterlichen Befehl, also auf den Grund eines siegreich durchgeführten Prozesses erfolgt sein . . . Nach der Lehre beider Rechtsbücher werden also Diebe und Räuber schon durch die verübte Tat rechtlos" (!) (S. 56—60).

Schwerlich wird man dieser Beweisführung zustimmen können. M. E. hat man sich dahin zu entscheiden, dass nach Ssp. I 38 bei Diebstahl und Raub allerdings schon die Tat an sich, aber nur die gerichtlich festgestellte Tat, rechtlos macht,

dagegen nach Schwsp. W. 38, 39 = L. 41, 42 erst die gerichtliche Verurteilung wegen der Tat. In Ssp. I 38 kommt alles an auf die Worte: „die düve oder rof sünet oder weder gevet, unde se des vor gerichte verwunnen werdet“. Es fragt sich, ob hier die Rede ist von einer gerichtlichen Verurteilung zur Sühne oder von einer gerichtlichen Feststellung aussergerichtlich erfolgter Sühne als eines Beweisindiziums der Tat im Buddeschen Sinne. M. E. von letzterer. Mit der ersteren ist dann natürlich vollends Rechtlosigkeit gegeben. Schwsp. (W.) 38 hat ja nun zwar jene Sachsenspiegelworte zum Vorbilde, wenn er sagt: „die diupheit oder den rehten strazroup vergolten hant, die des mit gerichte betwungen sint“. Gleichwohl kann er hierbei nur eine gerichtliche Verurteilung zur Sühne im Sinn haben, da nach Schwsp. (W.) 39 bis zum Eintritt gerichtlichen Zwanges die Rechtlosigkeit noch durch tätige Reue abgewendet werden kann (vgl. oben S. 326), also auch die Rechtlosigkeit noch nicht an die Tat selbst geknüpft sein soll. Die Abweichung vom Sachsenspiegel dürfte sich daraus erklären, dass hier, wie so oft, der Verf. des Schwabenspiegels die kirchliche Auffassung zur Geltung gebracht hat.

Bezüglich der sonstigen Verbrechen, die Rechtlosigkeitsgründe sind, hat Budde richtig erkannt, dass eine richterliche Tätigkeit die Auslösung der Rechtlosigkeit vermittelt. „Die Strafe der Rechtlosigkeit wird zwar niemals direkt vom Richter ausgesprochen, sie ist aber von selbst mit allen Kapitalstrafen, verstümmelnden Strafen und körperlichen Züchtigungen verbunden“ (S. 60 f.).

Das Verzeichnis der rechtlosen Personen in Ssp. I 38 § 1 werde namentlich vom vermehrten Sachsenspiegel IV 24[5]) um eine Reihe von rechtlos machenden Verbrechen erweitert. „Als solche werden genannt: 1. Notzucht und Ehebruch, 2. Verwandtenmord[6]), 3. Verrat oder Tötung des eigenen Herrn, 4. Ketzerei, 5. Zauberei, 6. Verlassen des Herrn ohne Urteil und Recht und Befehden desselben, 7. Meineid[7]). In diese

[5]) Vgl. Ortloff a. a. O. S. 232.

[6]) Const. pac. Fr. d. II. v. J. 1235 (Mon. Germ. IV Leg. II fol. 316, 5; 4° Leg. IV tom. II. p. 245 Nr. 16).

[7]) Vgl. Verm. Ssp. IV 43, 12, Ortloff, a. a. O. S. 264. Eine ganz ähn-

Kategorie ist auch der bestochene Zeuge zu stellen[8]). An einem anderen Orte desselben Rechtsbuches (V 5 ff.) werden hinzugefügt 8. gewisse Betrügereien der Handwerker". Das Rechtsbuch wiederhole für jeden einzelnen Fall besonders, dass der Täter vorwunden d. h. gerichtlich überführt sein müsse. Es werde hier also erst der verurteilte Täter rechtlos (S. 64 bis 66). Letzteres geht zu weit. Das „verwinden", d. i. die gerichtliche Feststellung der Tat, und die Verurteilung wegen der Tat ist zweierlei (vgl. oben S. 328). Gewöhnlich wird ja beides zusammengefallen sein. Notwendig war dieses nicht. Sehr wohl denkbar ist, dass behufs Feststellung der Unfähigkeit zum Richter- oder Schöffenamte eine frühere rechtlos machende Tat des Anwärters gerichtlich festgestellt wurde, ohne dass es sich jetzt um seine Verurteilung handelte. Oder man denke an den Fall, wo für einen Erschlagenen das Wergeld verlangt, aber von der anderen Seite eingewandt wird, dass er sich früher rechtlos gemacht habe. Auch hier kann wohl eine „Verwindung", eine gerichtliche Feststellung des Rechtlosigkeitsgrundes, nicht aber eine Verurteilung wegen desselben erfolgen. (Vgl. auch Ssp. I 64.)

Schliesslich erörtert B. noch als Rechtlosigkeitsgrund die Reichsoberacht (vgl. oben S. 297). Er folgt in diesem Punkte ganz Marezoll (oben S. 263). Er ist nämlich der Meinung, dass hier die Rechtlosigkeit zunächst in der weitergreifenden Wirkung der Reichsoberacht, in der Echtlosigkeit aufgeht. Dem Geächteten steht es aber „immer noch frei, sich aus der Oberacht zu ziehen; er gewinnt dadurch seine Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit wieder, rechtlos bleibt er dennoch. Die Rechtlosigkeit kann also die übrigen Wirkungen der Oberacht überdauern und tritt alsdann selbständig hervor" (S. 73—78)[9]).

---

liche Zusammenstellung sei schon in der l. Wisig. II 4, 1 enthalten. Es heisst hier: ‚Homicide, malefici, fures, criminosi sive venefici, et qui raptum fecerint vel falsum testimonium dixerint, seu qui ad sortilegos divinosque concurrerint nullatenus erunt ad testimonium admittendi'.

[8]) Verm. Ssp. IV 47, 13, Ortloff a. a. O. S. 277; Gosl. Stat. (Göschen) S. 96 Z. 37.

[9]) S. 78—80 handelt Budde von der Restitution der Rechtlosen, S. 80—90 vom Beweise der Rechtlosigkeit.

§ 23.

Die Ehrlosigkeit bei Budde.

Indem B. die Rechtlosigkeit als Standeslosigkeit auffasste, gab er ihr einen ähnlichen Inhalt, wie Eichhorn und seine Anhänger ihn der Ehrlosigkeit unterlegt hatten. Nur einen ähnlichen Inhalt! Die Abweichung kennzeichnet Budde S. 91 selbst. Jenen früheren Ehrlosigkeitsbegriff hatte man als Verlust der Standesrechte bestimmt, „ohne gerade an eine Aufhebung jeder Standschaft überhaupt zu denken; nur die besonderen Vorrechte des höheren Standes, meint(e) man, sollen dem Ehrlosen verloren gehen". Budde sah in der Rechtlosigkeit einen Verlust jeden Standes.

Gegen den früheren Ehrlosigkeitsbegriff zieht Budde (S. 91 ff.) zu Felde. Vornehmlich aus der Anwendung des Wortes Ehre im kleinen Kaiserrecht war er gewonnen (vgl. oben S. 253). B. bemerkt, daraus, dass hier die eigentümlichen Vorrechte gewisser Personenklassen einige Male als deren Ehre hervorgehoben seien, lasse sich nicht der Schluss ziehen, dass der Ausdruck „Ehre", abweichend vom jetzigen Sprachgebrauch, ausschliesslich oder auch nur vorzugsweise für jene Vorrechte gebraucht sei. „Wäre die Ehrlosigkeit wirklich eine Erniedrigung des Standes, so liesse sich schwer einsehen, wie der Verfasser des Sachsenspiegels dieselbe über die unterste Klasse der Unfreien, deren Standesrechte gar nicht weiter herabzudrücken sind, ohne ganz zu verschwinden, als Strafe verhängen könnte". Hierfür beruft sich B. auf Ssp. II 19 § 2 [1]). Auch zitiert er: Wst. zu Schafheim (Grimm I S. 826): „sol der arme (der Hofhörge) siner druwe und globde und eren nit beraubt sin".

B. unternimmt nunmehr eine andere Wortinterpretation. Er geht von der modernen Bedeutung des Wortes Ehre aus. „Bleiben wir . . . einstweilen bei dem neueren Begriffe der Ehre stehen und versuchen von da aus den Ausdruck im Sprachgebrauche des Mittelalters zu erklären. Heutzutage bedeutet Ehre die aus der Übereinstimmung des seinen Willen äussernden Menschen mit der Idee dieses Willens hervorgehende

[1]) Oben S. 264 f.

Würde der Person überhaupt; die Ehre als ‚guter Name‘ ist die äussere Achtung, auf welche zufolge jener Würde der einzelne Anspruch hat. Die Grösse dieses Anspruches hängt zunächst von dem sittlichen Verhalten des Individuums ab: einen gewissen Grad von äusserer Achtung und Anerkennung hat jeder Mensch zu fordern; er vermindert aber seine allgemein menschliche Ehre durch jede unsittliche Tat, welche ihn notwendig in den Augen seiner Mitmenschen herabsetzt. Die Übertretung des Sittengesetzes kommt dabei allein in Anschlag; die Tat kann vor dem Rechtsgesetze straflos sein. Es ist unzweifelhaft, dass unsere Quellen von demselben Grundbegriffe ausgehen, was deutlich aus den bekannten Worten des Sachsenspiegels erhellt I 5 § 2: ‚Wif mach mit unkuschheit irs lives ire wifliken ere krenken‘ etc. . . . Umfassender, aber ebenfalls mit deutlicher Beziehung auf das Sittengesetz, redet der Schwabenspiegel von der Ehre. Landr. (W.) 229 ‚Daz wir sprechen an ir ere, daz meine wir also: . . .“ (usw. wie oben S. 255, Budde S. 91—94).

Mit diesem allgemeinen Begriffe der Ehre setzt B. dann den im kleinen Kaiserrecht auftretenden als besonderen Ehrbegriff in Beziehung. Er sagt S. 94: „Im Staatsleben gewinnt nun dieser abstrakte Begriff eine etwas konkretere Gestalt: zu jenem allgemeinen Massstabe der Ehrhaftigkeit kommt hier ein zweiter durch die höhere oder niedrigere Stellung, welche der einzelne in der bürgerlichen Gesellschaft einnimmt. Der Geburtsstand kommt dabei nicht allein, ja nicht einmal vorzugsweise in Betracht; sehr oft ist von der ‚pfäfflichen Ehre‘, von der besonderen Ehrfurcht und Achtung, worauf die Geistlichen Anspruch haben, die Rede[2]); ebenso wird der fürstlichen[3]) und richterlichen[4]) Ehre gedacht; ganz in demselben Sinne spricht auch das kleine Kaiserrecht von den besonderen Ehren, welche Mitglieder der ritterschaftlichen Korporation und der städtischen Gemeinden neben der allgemeinen bürgerlichen Ehre im Staate geniessen. Auf diese Weise kann also

[2]) Schwsp. (W.) 110 Z. 40 = L. 130 b, c; alte Kulm. V 68.

[3]) Schwsp. (W.) 258 Z. 13 = L. 313 a.

[4]) Grimm W. I 490, II 330.

die Ehre eines Menschen durch Umstände, welche mit seinem sittlichen Verhalten nicht zusammenhangen, ja vielleicht ganz ausserhalb seiner Willensbestimmung liegen, einen Zuwachs erhalten, niemals aber kann sie darauf allein sich gründen, vielmehr ist eine besondere Ehre ohne die allgemeine undenkbar. Der Begriff der Ehre bleibt seinem Wesen nach unverändert; der Anspruch auf Achtung, welchen die allgemeine Ehre gewährt, wird durch die besondere erhöht; aber auch die letztere hat nur darin ihre Geltung, dass sie in der öffentlichen Meinung Anerkennung findet. Dies zeigt sich unter anderem darin recht deutlich, dass, wenn Entziehung oder Schmälerung der Ehre als Strafmittel angewendet werden soll, diese Absicht niemals durch einen einfachen richterlichen Ausspruch zu erreichen ist, weil dadurch allein die öffentliche Achtung niemandem entzogen werden kann: auf indirekte Weise kann dagegen allerdings das richterliche Urteil die Ehre treffen: einesteils genügt schon die blosse Aufdeckung von Handlungen, welche einen Mangel an ehrliebender Gesinnung verraten . . . noch sicherer wird aber jener Erfolg eintreten, wenn auf eine rechtswidrige Tat eine Strafe folgt, welche dem Bestraften nach der im Volke herrschenden Ansicht einen dauernden Schimpf zuzieht“ (S. 94—96).

In diesen wieder mehr rationalistischen, als auf den Quellen fussenden Ausführungen Buddes ist zunächst ein — vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus gesehen — richtiger Gedanke ausgesprochen, wenn auch nicht mit hinreichender Konsequenz festgehalten. Mit grösserer Bestimmtheit formuliert, besagt er, dass sowohl in Ansehung der allgemeinen, als auch der besonderen Ehre, wie sie von Budde dargestellt sind, zwischen Ehre im subjektiven und objektiven Sinne zu unterscheiden sei. Jene ist der auf dem Verhalten des Individuums beruhende sittliche Wert desselben, die Würde seiner Persönlichkeit; diese ist die Achtung, die Anerkennung des Wertes, die Wertung der Würde seitens der Mitmenschen, seitens der öffentlichen Meinung. Die erstere gibt einen Anspruch auf die letztere.

An diesen Gedanken über die Ehre, und zwar speziell über die Ehre im subjektiven Sinne, knüpft Budde an, um mittels

weiterer Handhabung der Wortinterpretation den Begriff der Ehrlosigkeit zu erhalten. Wenn man diesen quellenmässigen Ausdruck nicht für einen willkürlich gewählten halten wolle, erscheine „es als unmöglich, die Ehrlosigkeit als den Verlust einzelner ausgezeichneter Ehrenrechte zu fassen: man kann darunter nur den gänzlichen Mangel jedes Anspruchs auf Anerkennung der persönlichen Würde verstehen“ (S. 96). B. meint natürlich die Anerkennung seitens der Mitmenschen. Schon hiermit, mehr aber noch durch die weitere Ausführung, dass man es bei der Ehrlosigkeit „nicht mit einem im positiven Rechte gegründeten Institute zu tun“ habe[6]), zeigt Budde, dass sein Begriff der mittelalterlichen Ehrlosigkeit nichts anderes ist, als der gemeinrechtliche Begriff der infamia facti in einem anderen Gewande. Der Ehrlosigkeitsbegriff Buddes ist also lediglich der durch eine vorzugsweise rationalistische Begründung etwas aufgeputzte Leumundsbegriff Eichhorns (vgl. oben S. 275). Unten im § 28 werden wir sehen, dass Budde die Marezollsche Erweiterung dieses Leumundsbegriffes ebenfalls mit hinzugenommen hat.

Während die Wortinterpretation von Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit Budde zu einer Feststellung dieser Begriffe nach ihren rechtlichen Wirkungen geführt hat, sieht er sich nach Anwendung desselben Verfahrens auf die Ehrlosigkeit vor die Notwendigkeit gestellt, dieselbe in erster Linie nach ihren Entstehungsgründen zu charakterisieren. Hierin begegnet er sich mit Albrecht (vgl. oben S. 275). Wir sahen, wie nach Budde die Ehrlosigkeit wurzelt in einem Verhalten, welches in den Augen der Mitmenschen die sittliche Würde der Persönlichkeit vernichtet und darum auch den Anspruch auf Achtung der Würde durch die Mitmenschen entzieht. B. fasst jenes Verhalten noch in eine andere allgemeine Formel, indem er S. 97 sagt: „Ganz besonderer Nachdruck wird auf solche verbrecherische Handlungen gelegt, welche eine vorzüglich heilig zu haltende moralische Pflicht oder ein inniges Pietätsverhältnis

[6]) und dass sich die einzelnen Fälle der Ehrlosigkeit und deren Entstehungsgründe nicht erschöpfend angeben liessen, dass man vielmehr, anders als bezüglich der Rechtlosigkeit, in den Quellen vergebens nach einer vollständigen Darstellung derselben suche (S. 96).

verletzen". Die Beeinflussung durch Albrecht ist unverkennbar (vgl. oben S. 275 f.). Im einzelnen nennt B. als Pflichtwidrigkeiten jener Art ausser der Unkeuschheit der Weiber Treulosigkeit und Mangel an Wahrheitsliebe und noch spezieller den Bruch eines gelobten Friedens, ungetreue und fahrlässige Führung einer Vormundschaft, Felonie, Treubruch gegen Kaiser und Reich, Betrug, Entheiligung des Eides und des gegebenen Wortes. Budde folgt hier seinen Vorgängern Marezoll, Albrecht, (Phillips, Mittermaier), Maurenbrecher[7]). Er bringt im Grunde lediglich die von ihnen bereits gefundenen Ehrlosigkeitsgründe in speziellerer Ausgestaltung und mit umfassender Sammlung von Quellenbelegen. Von diesen verdienen hervorgehoben zu werden die Stellen betreffend den Ehrverlust der Weiber durch Keuschheitsverletzung (a. a. O. S. 97 A. 1) und über die „Zusammenstellung" der Ehre mit der Treue (ebenda A. 2). S. 101 A. 17 macht Budde darauf aufmerksam, dass es Ssp. III 78 am Schlusse der einzelnen §§ heisst: „unde ne dut weder sine trüwe nicht" und dass dieses im Verm. Ssp. III 11, 8 wiedergegeben wird durch: „unde tun weder ore ere nicht"[8]). Beachtenswert sind auch Stellen, in denen Ehre und Eid identifiziert werden (S. 98 A. 5). Schliesslich hat Budde darauf hingewiesen, dass auch die Balmundung des Vormundes wegen Pflichtwidrigkeiten nach Ssp. I 41 unter die Ehrlosigkeitsgründe zu rechnen sei (S. 100 A. 14).

Es wäre wünschenswert gewesen, dass Budde den Namen Huths, dem seine Quellensammlung betreffend die Ehrlosigkeitsgründe viel verdankt, wenigstens erwähnt hätte. Überhaupt hätte Budde, der, abgesehen von seiner originellen Ansicht über die Rechtlosigkeit, in der Hauptsache doch nur kompilatorisch vorgegangen ist, Veranlassung gehabt, seine Gewährsleute öfter als geschehen zu benennen, wenn auch zuzugestehen ist, dass er sich das bei ihnen Gefundene assimiliert hat.

Wie Budde die Gründe der Ehrlosigkeit auf das ausserhalb der Rechtssphäre liegende Gebiet der Sitte verlegt, indem

---

[7]) Vgl. oben S. 262, 275 f., (279, 281), 283.

[8]) Vgl. Ortloff, a. a. O. S. 158.

er eben nur ein von der öffentlichen Meinung tatsächlich missachtetes Verhalten als Ehrlosigkeitsgrund ansieht, so spricht er anderseits auch den Wirkungen der Ehrlosigkeit rechtliche Bedeutung ab. S. 102 sagt er: „Die Wirkungen der Ehrlosigkeit haben durchaus nichts eigentlich juristisches, und stehen namentlich nicht auf dem Boden des Privatrechts". Wiederum äussert sich hier die Auffassung der Ehrlosigkeit als einer Art infamia facti. Rein tatsächlicher Natur sei es, dass ein Ehrloser öffentliche Ämter und städtische Magistraturen nicht bekleiden könne[9]). Er sei zurückzuweisen, „weil er keinen Anspruch auf die Achtung und das Vertrauen seiner Untergebenen haben würde. Die Entscheidung darüber bleibt dem Ermessen derer überlassen, denen das Ernennungsrecht zusteht". Ebenso sei es eine rein tatsächliche Zurücksetzung, dass die mit politischen und autonomischen Rechten begabten Korporationen ehrlose Personen in ihrer Gemeinschaft nicht dulden[10]). Jene Körperschaften hätten übrigens nicht bloss die Ehrlosen, sondern auch diejenigen, deren Ehre nur eine partielle Verminderung erlitten habe, ausgeschlossen. Darum hätten die städtischen Gemeinden und die Ritterschaft auch die Rechtlosen von sich gewiesen „offenbar aus keinem anderen Grunde als deshalb, weil der Standeslose nicht zu den vollkommen ehrenhaften Personen zu rechnen ist: es fehlt ihm neben der allgemeinen Ehre die besondere, welche der Stand gewährt". Damit müsste Budde, wenn sein Gedankengang hier logisch sein soll, doch offenbar sagen wollen: Die Rechtlosen haben zwar die allgemeine Ehre; aber neben dieser ihnen verbliebenen allgemeinen Ehre

---

[9]) „Kl. Ksr. IV 23: „Me sal nymande in den rad keysen he enhabe den sin ere wol vorwart". Vgl. die Ausg. v. Endemann IV 17. Hier heisst es unter der Rubrik „Von denen die man in den rat sal kysen": „Der keiser hat allen den bevolen, die da macht han lude czu kysen in eynen rat, daz se sich vorsehin, und alsulche lude kysen in der gemeinde rat, damit dez keysers und der stede ere bewart sy . . . und ob er (nämlich der gekorene) wol were ein man sonder wisen rat, dorum sol me en doch nicht verstoszen und siner eren beruben, er vorwirke ez dan mit rechter missetat; so sol me en abetun, und der ere von der stat verstoszen, do he ratman ist gewesin . . . Sint in dez riches recht stet geschrebin, me en sal nymandes keischin in des keysers kamern, he en sy es den wert".

[10]) Vgl. schon oben S. 241 A. 6, S. 261 A. 12, S. 282 A. 1.

ist fortgefallen die besondere, welche der Stand gewährt. Dass nun aber die Rechtlosigkeitsgründe sämtlich zwar die besondere Ehre des Standes vernichten, dagegen die allgemeine Ehre bestehen lassen sollen, wird sofort als ein Unsinn erscheinen, wenn man nur die Rechtlosigkeitsgründe ins Auge fasst, und widerspricht auch der Glosse zu Ssp. III 16, welche Budde zu seinen eben wiedergegebenen Worten anführt. Es heisst hier: „rechtlose leute das sind, die an ihren ehren unde stande beflecket sind“ [11]). Wegen der Mitteilung dieser Stelle mag B. vielleicht doch nicht jene seine Worte in dem von mir interpretierten Sinne gemeint haben. Aber dann sind seine Ausführungen über die Wirkungen der Ehrlosigkeit, wie schon gesagt, unlogisch. Also Widerspruch so oder so. Budde macht es nach Art des Vogel Strauss. Er will das arge Dilemma, in welches ihn seine Theorie geführt hat, nicht sehen und hüllt darum hier, wie so oft, seine Darstellung in Unklarheit.

§ 24.

Ausschliessung des Unschuldseidsverlustes und der Lehnsunfähigkeit von den Wirkungen der Rechtslosigkeit.

Es ist wohl schon aufgefallen, dass Budde unter den Wirkungen der Rechtlosigkeit zwei nicht mit aufgeführt hat, die von allen früheren stets ihr zugewiesen waren, nämlich Verlust des Unschuldseides und Entbehrung der Lehnsfähigkeit.

1. Bezüglich des ersteren erkennt B., dass „das Recht auf den Unschuldseid mit dem Ständewesen gar nicht im Zusammenhange steht“. Es hätte darum seinem Begriffe der Rechtlosigkeit als der Standeslosigkeit widersprochen, wenn er den Verlust des Unschuldseides als Folge der Rechtlosigkeit angesehen hätte. Indem er sich darauf beruft, dass nicht alle

---

[11]) Vgl. übrigens bei Budde im Anhang S. 158 eine Stelle aus einer Urkunde Karls IV. v. J. 1356. Sie lautet: ‚Posset tamen ab aliquibus, qui sue conversationis non habent noticiam, ex huiusmodi infortunio lapsus a suis iuribus iudicari et honoris ac status sui recipere detrimentum‘. B. übersetzt sie: „es könnte indes derselbe . . . von Leuten, welche sein Betragen nicht kennen, aus Veranlassung eines solchen Unglückes für rechtlos gehalten werden und dadurch an Ehre und Stand Schaden leiden“ (S. 159). Vgl. dazu die Äusserung Gerbers oben S. 317.

Rechtlosen, sondern nur die „gewordenen“ des Unschuldseides darben, sagt er: „Die Entziehung des Unschuldseides darf überhaupt nicht unter die Folgen der Rechtlosigkeit gezählt werden, sie muss für eine davon unabhängige, eigentümliche Wirkung des Verbrechens gelten, die sich eigentlich von selbst versteht“ (S. 69). Jeder Verbrecher zeigt überhaupt, „dass es ihm an dem Rechtsgefühle fehle, welches die Begehung einer unerlaubten Tat unmöglich macht, und er verdient wenigstens dann keinen vollen Glauben mehr, wenn er einer neuen Anklage durch Leugnen entgehen will“ (S. 70); „aber das Recht auf den Eid, welches ein völlig unerschüttertes Vertrauen voraussetzt, kann seiner Natur nach schon vor dem blossen Verdachte eines Verbrechens nicht mehr bestehen; und so ist es dann möglich, dass jemand dasselbe verliert, der wegen mangelnden Beweises nicht rechtlos wird“ (S. 71). In Kap. 131 des rigischen Ritterrechts (Oelrichs S. 115), welchem Ssp. II 13 zugrunde liege, werde unter anderen ein Fall erörtert, in welchem jemand nach vorangegangener zweimaliger Freisprechung zum dritten Male eines Diebstahls wegen in Anspruch genommen werde. Die ihn treffende Versagung des Unschuldseides kommentiert Budde folgendermassen: „so ist nun der Verdacht gegründet genug, ihm den Eid . . . zu entziehen, und ihn zum Gottesurteile zu verdammen, obschon er die beiden ersten Male freigesprochen wurde und also keineswegs rechtlos ist“ (S. 71 u. 72). „Der Inhalt dieser Stelle führt hiernach genau zu demselben Ergebnisse. . . . Des Unschuldseides entbehrt zwar jeder rechtlose Verbrecher, die Entziehung desselben hat aber andere, und zwar weniger Bedingungen und Voraussetzungen, als seine Rechtlosigkeit, kann also nicht Wirkung der letzteren sein“ (S. 73). In diesen Ausführungen steckt viel Wahres.

2. Dass der Mangel der Lehnsfähigkeit nicht Wirkung der Rechtlosigkeit sei, begründet B. aus Ssp. Lehnr. Art. 2: „Pfaffen, wib, dorfere, koufiute und alle die rechtes darben oder unecht geboren sin und alle die nicht en sin von ritters art von vater und von eldervater, die suln lenrecht darben“. Weil die ritterliche Ehre und Auszeichnung auf dem Waffenrecht beruhe, so seien zunächst ausgeschlossen die Werlosen, die Pfaffen, Weiber, Bauern und Kaufleute. Das Waffenrecht solle im übrigen nur

der haben, dessen Vorfahren dasselbe bereits zwei Generationen hindurch besessen hätten. Ausgeschlossen seien mithin alle, welche nicht vier ritterliche Ahnen aufzuweisen vermöchten. Hieraus erkläre sich wieder die Zurückweisung eines Teiles der Rechtlosen, nämlich der unecht geborenen und der Kinder der Kämpfer. Die Lehnsunfähigkeit der übrigen Rechtlosen habe ihren Grund in ihrer verminderten Ehrenstellung oder gar in ihrer völligen Ehrlosigkeit. Kämpfer und Spielleute führten nämlich eine unritterliche Lebensweise; Verbrecher seien völlig ehrlos: „also nicht die Rechtlosigkeit ist die eigentliche Ursache der Ausschliessung von Ritterschaft und Lehnrecht, vielmehr sind die Ursachen verschieden nach den verschiedenen Entstehungsgründen der Rechtlosigkeit" (S. 104 u. 105).

Im Widerspruche mit seinem sonstigen Begriffe der Ehrlosigkeit hat Budde dieser hier übrigens eine Wirkung zugewiesen, die man als eine durchaus juristische betrachten muss. — Offenbar ganz verfehlt ist die Auffassung, dass die Lehnsunfähigkeit der unehelich Geborenen und der Kinder der Kämpfer auf den Mangel der vier ritterlichen Ahnen zurückzuführen sei. Es unterliegt m. E. gar keinem Zweifel, dass sie ebenso wie die anderen Rechtlosen von Ritterberuf und Lehnrecht nur wegen eines Ehrenmakels ausgeschlossen waren, der ihnen als Kindern der Sünde bzw. als zu dem unehrlichen Gewerbe der Kämpfer Geborenen anhaftete. Vom Standpunkte der Einheitlichkeit von Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit erklärt sich also jene Stelle ganz ungezwungen, während die Buddesche Interpretation doch eine höchst gewaltsame ist.

§ 25.

Buddes Begriff einer milderen Echtlosigkeit.

Schon oben (S. 299 § 17 a. E.) erwähnte ich, dass Budde noch eine zweite Art der Echtlosigkeit kennt. Er stellt sie der erörterten Echtlosigkeit höchsten Grades, der strengeren Echtlosigkeit als mildere gegenüber (S. 115). Um diesen Gegensatz klarzustellen, muss man zunächst wieder Ordnung in das Gewirr der Buddeschen Darstellung bringen. Auf Grund

von Ssp. I 51 § 1 unterscheidet B. drei Klassen: 1. die bloss Echtlosen, 2. die bloss Rechtlosen, 3. die Echt- und Rechtlosen. In jener Stelle heisst es: „It is menich man rechtlos de nicht n'is echtlos; wende en rechtlos man mut wol elik wif nemen unde kindere bi ire gewinnen, die ime evenburdich sin; die muten ok wol sin erve nemen, unde irer muder also, wende sie en evenburdich sin: se ne tveien von in mit egenscap". Hierzu bemerkt Budde: „In den Anfangsworten wird gesagt, Rechtlosigkeit und Echtlosigkeit bestehen nicht immer nebeneinander; daraus folgt, dass es . . . auch Menschen gibt, welche rechtlos und echtlos zugleich sind". Demgemäss bildet er seine drei Kategorien. Als Kennzeichen der Echtlosen, also auch der ersten Klasse, ergebe sich aus der Stelle, dass jene keine Ehe schliessen oder wenigstens in ihrer Ehe niemals ebenbürtige Kinder erzeugen könnten, denen sie ein Erbrecht zu verschaffen vermöchten. Daher erhielten in der ersten Klasse ihren Platz Geistliche und überhaupt alle durch ein bindendes Gelübde der Keuschheit zum ehelosen Leben Verpflichteten. Die Stelle nehme unmittelbar nur auf die beiden anderen Klassen Rücksicht. Diese begriffen sämtliche Rechtlosen, von denen einige bloss rechtlos seien, die anderen zugleich echtlos: „den Unterschied findet der Verfasser darin, dass die Rechtlosigkeit allein niemanden hindert, ein eheliches Weib zu nehmen und Kinder mit ihr zu zeugen, welche ihm ebenbürtig sind und seine Erben werden, welche auch ebenso ihre Mutter unter Voraussetzung der Ebenburt beerben".

Es scheine nun aber, als fehle allen Rechtlosen vielleicht mit alleiniger Ausnahme der Kämpfer die Ebenbürtigkeit mit ihren Kindern. Denn wenn sie wirklich ohne Stand seien und dieser Mangel, abgesehen von der Rechtlosigkeit der Kämpfer, nicht vererblich sei, so würden doch offenbar insoweit die ehelichen Deszendenten der Rechtlosen, sollten sie auch nur in den untersten Stand kommen, stets höher stehen, als ihr Parens: von einer Standesgleichheit könne niemals die Rede sein. „An dieser Konsequenz muss nun aber, so scheint es, die ganze Theorie von der Standeslosigkeit scheitern; sie gerät in direkten Widerspruch mit den Anfangsworten unserer Stelle. Aber es ist wohl zu beachten, dass der höhere Stand des Erben ihm

sein Erbrecht nicht entzieht[1]); fordert der Verfasser Ebenburt, so will er damit nur diejenigen ausschliessen, welche von geringerem Herkommen sind als der Erblasser. Sodann aber darf ebensowenig übersehen werden, dass hier nicht von dem gleichen Stande überhaupt, sondern vielmehr nur von der gleichen Geburt gesprochen wird. Diese Unterscheidung beruht keineswegs auf einer leeren Spitzfindigkeit: ihre Notwendigkeit geht aus folgender einfachen Betrachtung hervor. Soll die Rechtlosigkeit der Eltern den Kindern regelmässig nicht schaden, so muss man, um den Geburtsstand der letzteren zu bestimmen, eine Fiktion gelten lassen: man muss zu diesem Behufe die Tatsache übersehen, welche die Rechtlosigkeit herbeiführte, und die Eltern in den Zustand zurückversetzen, in welchem sie sich vorher befanden, um dann die Regel anzuwenden, dass die Kinder aus einer gleichen Ehe des Vaters Stande angehören, die aus einer ungleichen Ehe der ärgeren Hand folgen; dem Rechtlosen wird es auf diese Weise möglich, ebenbürtige Nachkommen zu erzeugen, d. h. Nachkommen, welche in seinen von ihm verlorenen Geburtsstand eintreten. Jene Fiktion hat aber nur für diejenigen Rechtlosen Bedeutung, welche bei ihrer Geburt einen Stand hatten und diesen später durch eigenes Verschulden einbüssten: die rechtlos Geborenen bleiben ausgeschlossen; deren eheliche Kinder sind allemal besser geboren als sie selbst, ihnen also niemals ebenbürtig". Überdies würden sie gegen die Regel, dass die bessere Geburt dem Erben nicht schade, von ihren ehelichen Kindern nicht beerbt. Ein späterer Bearbeiter des Sachsenspiegels habe deswegen unserer Stelle die Worte beigefügt: „Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erve nicht". Bei den rechtlos Geborenen träfen darum alle Merkmale der Echtlosigkeit zu, welche in jener Stelle angegeben würden. Als rechtlos und zugleich echtlos seien darum in die dritte Klasse zu stellen die rechtlos Geborenen und die Kämpfer. Die Echtlosigkeit dieser Rechtlosen beruhe darin, dass sie keine ebenbürtigen und erbfähigen Deszendenten haben könnten. Die rechtlos Geborenen könnten in ihrer Ehe nur besser geborene, die

[1]) Ssp. III 72 (73).

Kämpfer nur schlechter geborene Kinder haben. Somit blieben für die zweite Klasse als bloss Rechtlose übrig alle Personen, welche durch Verbrechen oder verächtliche Lebensweise ihr Recht verloren haben, mit Ausnahme der Kämpfer. In der dritten Klasse gesellten sich zu den rechtlos Geborenen und den Kämpfern noch die Friedlosen, „welche in der alten Bedeutung des Wortes echtlos sind: da diese ausserhalb alles Rechtes stehen, so können sie gar keine rechtlich anzuerkennende Ehe weiter führen; alle in diesem Zustande von ihnen erzeugten Kinder sind mithin unehelich und deshalb rechtlos. Hätte der Verfasser unserer Stelle nur jene alte Echtlosigkeit der Rechtlosigkeit gegenüber stellen wollen, so würden sich ihm andere und bedeutendere Unterschiede dargeboten haben; allein es kam ihm darauf an, Kennzeichen aufzustellen, welche beiden Arten der Echtlosigkeit, der milderen und der strengeren, gemein sind und dennoch beide Arten in ihrem Gegensatze zur einfachen Rechtlosigkeit auszeichnen". Man sieht also: der Friedlosigkeit als der strengeren Echtlosigkeit hat Budde als mildere gegenübergestellt lediglich die Unfähigkeit zur Ehe oder doch zur Erzeugung ebenbürtiger und erbfähiger Kinder.

Die vermeintliche Entdeckung der drei Personenklassen in Ssp. I 51, 1 bedarf kaum der Widerlegung. Offen genug zur Schau trägt sie ihre Eigenschaft als Produkt einer rein abstrakten und dem Inhalt der Quellen mit den Fäden der Dialektik das Leben abschnürenden Spintisirerei.

Immerhin dürfte sie einigermassen angeregt sein durch die freilich in diesem Punkte von einem ähnlichen Vorwurfe nicht ganz frei zu sprechende und namentlich kanonische Gelehrsamkeit zur Geltung bringende Glosse zu Ssp. I 51. Es heisst hier (im Augsburger Druck von 1516): „Echte loss is ok drierley. Etlike is echteloss geboren dat is unechte . . . Dy anderen sin eelick geborenn unn sint doch echteloss, als dat sy nen eelick wyff nemen muten. Desser hebbent etlike vorlovet als geistlike lüde (ut 27. q. 2. c. virginc). Etlike hebbent verwracht, als dy twe susteren oder muder unn dochter beschlapen hebben (ut 32. q. 7 c. quedam et c. si quis et c. qui dormierit). Dy drüdden sint echteloss geboren unde mogen

Kindern gesprochen. Sie geben ihm Veranlassung, überhaupt der Rechtlosen zu gedenken (art. 38), und zwar zunächst der geborenen und sodann der gewordenen (38 § 1) (vgl. oben S. 324 ff.). Zu letzteren gehören auch diejenigen, die Jahr und Tag in der Reichsacht gewesen sind, die der Oberacht verfallenen: „die delt man rechtlos, unde verdelt in egen unde len“ (38 § 2). Zwischen 38 § 1 und 38 § 2 besteht aber auch ein innerer Zusammenhang. Die Gedankenreihe ist: 1. Geborene Rechtlose; 2. gewordene Rechtlose: a) unmittelbar durch die Tat rechtlos Gewordene, § 1: die düve oder rof sünet oder weder gevet, unde se des vor gerichte verwunnen werdet (vgl. oben S. 328); b) die jedenfalls durch Verurteilung im kontradiktorischen Kriminalverfahren rechtlos Gewordenen, § 1: die ir lif oder hut unde har ledeget; c) die im Kontumazialverfahren der Verfestung schliesslich rechtlos Gewordenen, § 2: Die ok jar unde dach in des rikes achte sin, die delt man rechtlos usw. Offenbar mit Bezug auf diese letzteren heisst es in 38 § 3: „Echte kindere ne mach de unechte man seder mer nicht gewinnen“. In art. 39 ist dann von einer Begleiterscheinung der infolge von Raub oder Diebstahl „gewordenen“ Rechtlosigkeit die Rede, nämlich vom Verluste des Unschuldseides. art. 40 handelt von der Absprechung von Ehre und Lehnrecht wegen Treulosigkeit oder Heerflüchtigkeit, art. 41 von der Balemundung des Vormundes eines Mädchens oder einer Witwe wegen Veruntreuung. Warum die beiden Artikel in diesem Zusammenhange? Demjenigen, welcher Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit als ein einheitliches Institut erkannt hat, muss es alsbald klar sein, dass hier nur weitere besondere Fälle einer durch Verwirkung entstandenen Recht- bzw. Ehrlosigkeit aufgeführt werden. Im Anschluss an die Erwähnung des Vormundes verbreitet sich der Spiegler dann eingehender über die Vormundschaft (art. 42—49). Dabei zeigt er in art. 48, dass seine bisherigen Erörterungen, also auch die Erwähnung der Fälle der Treulosigkeit, Heerflüchtigkeit und Balemundung des Vormundes noch in einer um den Begriff der Rechtlosigkeit liegenden Gedankensphäre sich gehalten haben. Denn in art. 48 § 1 greift er wieder zurück auf die beiden Kategorien der geborenen und gewordenen Rechtlosen „Alle die unecht geboren sin oder de

sik rechtlos gemaket hebbet". Freilich stellt er hierbei die Verbindung her mit dem Gesichtsfelde, welches sich durch die Behandlung der Vormundschaft inzwischen eröffnet hat. Er sagt ja von diesen Rechtlosen: „die ne mogen nenen vormünden hebben an ir klage noch an irme kampe". Von hier kommt er auf den Kampfvormund des Lahmen (48 § 2). Dieser kann sich aber auch eines Kämpfers bedienen. „weret aver he sik mit kempen, jene mach ine wol bereden mit kempen . . . unde ne scadet ime to sime rechte nicht". Also wenn sich der Lahme mit Kämpfern verteidigt, dann muss er sich auch gefallen lassen, dass der Gegner ebenfalls Kämpfer für sich streiten lässt. Dadurch soll aber der Lahme nicht rechtlos werden. Im allgemeinen gilt zwar der Satz: „mit kempen ne mach aver he (der Gegner) enen unbesculdenen man an sime rechte nicht bereden"; im allgemeinen sind nur gewisse Rechtlose dem ausgesetzt, dass man Kämpfer gegen sie auftreten lässt. Wie der Lahme sich hiernach verteidigen kann: „Alsüs mut man enen doden ok wol weren, of man ine bereden wel". Der spätere Verf. von art. 49 und 50 § 1 geht von dem Gedanken an den Lahmen und Toten weiter. Zunächst kommt er von dem Lahmen auf den Fall: „Sprikt en gewundet man den to kampe an, de ine gewundet hevet, unde ne mach he vor unkraft sines lives denne dat kamp nicht vulbringen" (art. 49). Nahe lag es, nunmehr auch des umgekehrten Falles zu gedenken, dass der Verwundete oder gar Getötete vom Täter zu seiner Entschuldigung des Friedebruches bezichtigt wurde, der den Täter in Notwehr versetzt habe. Mit Bezug hierauf heisst es in art. 50 § 1: „ne vulkumt he's nicht, he is selve verwunnen des ungerichtes, des he an ime gedan hevet". Mit Rücksicht darauf, dass vorher vom Beweisen, vom Vollkommnen durch Zweikampf die Rede gewesen ist, folgt in durchaus natürlichem Gedankengange der § 2 des art. 50. Und zwar findet er seinen Anschluss nicht bloss an den (nebst art. 49 dem ursprünglichen Bestande des Sachsenspiegels fremden) § 1 des art. 50, sondern erst recht an den letzten Satz in art. 48 § 3: „Mit kempen ne mach aver he enen unbesculdenen man an sime rechte nicht bereden". art. 50 § 2 lautet ja: „Al si ok en man speleman oder unecht geboren, he n'is doch dieves noch roveres genot nicht, alse man kempen up ine

leden moge". Der Spiegler greift hier wiederum auf die Rechtlosen zurück, von denen er ausgegangen ist, und zwar denkt er wieder an ihre beiden Klassen, die geborenen und gewordenen Rechtlosen (art. 38). Von den letzteren, und zwar speziell von den Räubern und Dieben, hatte er schon art. 39 gesagt, dass sie den Unschuldseid nicht haben, sondern zu ihrer Verteidigung im Prozess nur des Ordals sich bedienen können, insbesondere auch des Kampfordals, wobei sie sich gegen Kämpfer zu wehren haben. Vom Beweis des Klägers vermittelst Überwindung des Beklagten durch Kämpfer ist auch jetzt die Rede. Das gibt dem Spiegler Veranlassung in Ergänzung von art. 39 zu betonen, dass die „geborenen" Rechtlosen zu ihrer Verteidigung nicht auf das Ordal und speziell auf das Kampfordal angewiesen sind. Nur die gewordenen Rechtlosen, insbesondere die sich durch Raub und Diebstahl „rechtelos gemaket hebbet", sollen, wie schon art. 39 gesagt sei, den Unschuldseid entbehren. Das ist der Sinn von art. 50 § 2. Warum aber nennt der Spiegler hier von den geborenen Rechtlosen nicht die in art. 38 § 1 auch erwähnten Kämpfer und ihre Kinder? Sehr einfach! Bei dem Kampfordal, von dem die Rede ist, stellt er sich die Kämpfer eben nur in ihrer Eigenschaft als Kämpfer und nicht in der Situation als Angeklagte vor. Eine vom abstrakt-logischen Standpunkte aus zu bestimmende Genauigkeit darf man ja beim Verfasser des Sachsenspiegels überhaupt niemals suchen (vgl. oben S. 325). Da er nun in art. 50 § 2 zu den in art. 38 § 1 genannten beiden Klassen der Rechtlosen zurückgekehrt war, so ergab sich auch von selbst der Gedanke an die der Reichsoberacht Verfallenen, die in art. 38 §§ 2 und 3 behandelt und in dem letzteren Paragraphen „unecht" genannt waren. Der Spiegler sieht sich veranlasst, ihre Stellung gegenüber den sonstigen Rechtlosen klarer zu stellen. Er tut dieses in dem nun folgenden art. 51 § 1: „It is menich man rechtlos, de nicht n'is echtlos" (vgl. oben S. 339). Die Begründung hierfür: „wende en rechtlos man mut wol elik wif nemen unde kindere bi ire gewinnen" ist deutlich eine Negation des Kennzeichens der Unechten des art. 38 § 3: „Echte kindere ne mach de unechte man seder mer nicht gewinnen". Es kann daher m. E. gar kein Zweifel daran sein, dass in art. 51 § 1 unter den Echtlosen die Unechten des art. 38 § 3,

die Ächter verstanden sind[1]). Budde hat also Unrecht, wenn er meint, dass in art. 51 § 1 der Rechtlosigkeit nicht lediglich die Echtlosigkeit = Friedlosigkeit entgegengestellt sei. Man sieht wiederum, wie man durch Aufdeckung der intimen Gedankenzusammenhänge des Spieglers zur richtigen Lösung kommt.

Es mag gestattet sein, auf dieselbe Weise den viel umstrittenen art. 51 noch weiter zu erklären, zumal dieses auch noch zur Besprechung Buddes gehört. Der Spiegler sagt: Ein rechtloser Mann darf wohl ein eheliches Weib nehmen und Kinder bei ihr gewinnen, die ihm ebenbürtig sind; die dürfen auch wohl sein Erbe nehmen und ebenso das Erbe ihrer Mutter. Soweit ist alles klar. Aber jetzt kommt die streitige Bedingung: „wende sie en evenburdich sin: se ne tveien von in mit egenscap". Budde (S. 112 A. 1) bemerkt hierzu, Kraut, Vormundschaft S. 181, habe die Schlussworte „se ne tveien etc." missverstanden, indem er sie auf die Ehe zwischen einer freien und einer unfreien Person bezogen habe. „Nach Krauts Auffassung würde der Sinn dieser sein: Kinder aus ungleichen Ehen folgen der ärgeren Hand, sie werden also in dem hier vorausgesetzten Falle unfrei und können daher ihren freien Parens aus Mangel an Ebenburt nicht beerben. Das wäre zwar an sich ganz richtig; allein das Erfordernis der Ebenbürtigkeit hat der Verf. unserer Stelle ja erst unmittelbar vorher angegeben. Die Schlussbemerkung würde nur das eben Gesagte für den allerunzweifelhaftesten Fall der Unebenbürtigkeit wiederholen und folglich sehr müssig dastehen . . . Der Satzverbindung angemessener wird es sein, an die Ehe zwischen zwei Unfreien zu denken, welche verschiedenen Herrn dienen. Der Verfasser will sagen: Kinder aus einer solchen Ehe beerben nur den Parens, dessen Herrn sie anheimfallen. Innerhalb des unfreien Standes bewirkt die blosse Ebenburt noch keine Erbberechtigung, es gehört dazu ausserdem, dass Erbe und Erblasser denselben Herrn haben". Budde hat hier Kraut ganz gut widerlegt. Aber seine eigene Interpretation ist noch unmöglicher. Die von ihm dazu zitierten Stellen III 81 § 2 und

[1]) So auch Stobbe-Lehmann, Handb. d. deutschen Pr.-R. Bd. I § 47 A. 5, aber ohne nähere Begründung.

III 32, 8 beweisen nichts. Die Worte „se ne tveien von in mit egenscap" sagen nicht, dass die Eltern sich nicht mit „Eigenschaft" zweien dürfen, was man eventuell auf die Ehe zweier Unfreien beziehen könnte, die verschiedenen Herren gehören. Vielmehr sagen sie, dass die Kinder sich von den Eltern mit Eigenschaft nicht zweien dürfen. Was aber soll dieses heissen? Dass die Kinder dem betreffenden Parens, dessen Beerbung in Frage kommt, nicht unebenbürtig sein dürfen, kann schwerlich gemeint sein. Dieses ist, wie Budde richtig gegen Kraut geltend macht, gerade vorher schon betont. M. E. bietet einen Anhaltspunkt für die Lösung Ssp. art. 3, wo es im § 3 heisst: „Nu merke wie ok, war de sibbe beginne unde war se (l) ende. In deme hovede is besceiden man unde wif to stande, die elike unde echtlike to samene komen sin. In des halses lede die kindere, die ane tveiinge (von)[2]) vader unde muder geboren sin. Is dar tveiinge an, die ne mogen an eime lede nicht bestan unde scricket an ein ander let". Hier haben wir den Begriff der Zweiung von Vater und Mutter, und zwar auch, wie in 51 § 1 in Verbindung mit dem „erve nemen" und der Ebenbürtigkeit. Denn art. 3 § 3 fährt fort: „Nemet ok tvene brüdere tvo süstere, unde de dridde bruder en vremede wif, ire kindere sint doch gelike na, ire iewelk des anderen erve to nemene, of se evenburdich sint". Es ist nun aber klar, dass in 3 § 3 die Zweiung sich bezieht auf das Verhältnis der Kinder einer Vorehe zu den jetzigen Ehegatten und demgemäss auch auf das Verhältnis zwischen den halbbürtigen und den vollbürtigen Geschwistern. An das Verhältnis zwischen dem zu beerbenden Ehemann und seinen Stiefkindern kann der Spiegler in art. 51 § 1 freilich nicht gut denken, wenn er hier für die Beerbung voraussetzt, dass die Kinder von den Ehegatten sich nicht mit Eigenschaft zweien dürfen. Denn er redet von Kindern, die der rechtlose Ehemann bei der Ehefrau gewinnen soll. Aber dem Verhältnis des Ehemannes zu Stiefkindern steht in natürlicher

[2]) Dieses „von" fehlt in der Handschrift, die der Homeyerschen Ausgabe zugrunde liegt. Fast alle übrigen Handschriften fügen es aber hinzu. Vgl. Homeyer 3. Aufl. A. 33 zu I 3.

Hinsicht parallel sein Verhältnis zu Kindern, welche die Ehefrau während der Ehe als uneheliche geboren hat. Auch von diesen konnte der Spiegler wie von Stiefkindern sagen, dass sie sich von den Eltern mit Eigenschaft zweien, dass sie bloss dem einen Ehegatten, und zwar der Frau, gehören, geeigenschaftet sind. In diesem Sinne hat auch der spätere Bearbeiter die Stelle aufgefasst. Darum fügt er erläuternd hinzu: „Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erve nicht". Er vergleicht also das Verhältnis, in welchem die unehelichen Kinder der Ehefrau zu dem Ehemanne stehen, mit dem Verhältnis der ehelichen Kinder (beiderlei Geschlechts) zu dem ausserehelichen Beischläfer der Ehefrau. Ein Argument dafür, dass er die Worte: „se ne tveien von in mit egenscap" wirklich in dem genannten Sinne verstanden und dass er deshalb den erläuternden Vergleich eingeschoben hat, bildet auch der weitere Zusatz: „Man seget dat nen kint siner muder keves kint ne si usw.". Das „muder" entspricht dem „mannes" im vorangegangenen Satze. Diese Korrespondenz, zurückbezogen auf die Worte „se ne tveien . . . etc.", ergibt, dass hierbei der Urheber der Hinzufügungen an uneheliche Kinder der Ehefrau gedacht hat, wie es ja auch, wenn man bei der Zweiung von den Eltern mit Eigenschaft überhaupt eine Unehelichkeit der Kinder im Auge hatte, sogar notwendig war mit Rücksicht auf die noch vorher stehenden Worte: „en rechtlos man mut wol elik wif nemen unde kindere bi ire gewinnen". Die Worte „Man seget, dat nen kint siner muder keves kint ne si" sind also angeregt durch einen konkreten Fall, in welchem uneheliche Kinder vorausgesetzt werden, die von der Ehefrau während der Ehe geboren sind. Gleichwohl sind diese Worte auf der anderen Seite bereits von konkreter Beziehung losgelöst und stehen hier, wie das „man seget" andeutet, schon im Bereich des Abstrakten. Hier reden sie nicht mehr von der Mutter, von welcher vorher gesprochen war, von der Ehefrau, die uneheliche Kinder gebiert, sondern von einer unehelichen Mutter, darum insbesondere auch einer unverheirateten. Deshalb konnte ganz allgemein fortgefahren werden: „Ein wif mach winnen echt kint, adel kint, egen kint unde keves kint. Is se egen, man mach se vri laten; is se keves se mach

echten man nemen unde mach kindere immer dar binnen gewinnen". Auch in dieser abstrakten Erörterung erkennt man immer noch die Ausstrahlungen der beiden Voraussetzungen des den Ausgangspunkt bildenden konkreten Falles, der beiden Voraussetzungen, die darin bestehen, dass die Beerbung des rechtlosen Ehemannes bzw. (wenigstens nach der Annahme des späteren Bearbeiters) auch seiner Ehefrau durch die Kinder der Ehefrau voraussetzt erstens Ebenbürtigkeit der Kinder und zweitens Ehelichkeit derselben. Die Ausstrahlungen machen sich bemerkbar einmal in den Gegensätzen adelkint — egenkint, und „is se egen, man mag se vri laten" und sodann in den Gegensätzen echt kint — keves kint und „is se keves, se mach echten man nemen unde mach kindere immerdar binnen gewinnen". So ist hierdurch ein weiterer Rückschluss auf jene beiden Voraussetzungen ermöglicht. Was nun aber die zweite derselben anlangt, dass nämlich die Kinder der Ehefrau von ihr nicht als uneheliche geboren sein dürfen, so mag vielleicht der Verf. des Sachsenspiegels in seiner ursprünglichen Gestalt sie nur auf die Beerbung des Ehemannes bezogen haben. Im natürlichen Sinne gehörten der Ehefrau ja auch ihre unehelichen Kinder, zweiten sich also von ihr nicht mit Eigenschaft. Für jene vom Spiegler gewollte Beziehung der Ehelichkeitsvoraussetzung würde auch die Parallele der Ebenbürtigkeitsvoraussetzung sprechen. Denn der Mangel der Ebenbürtigkeit kann auch immer nur die Beerbung eines Ehegatten hindern. Dem anderen Ehegatten ist ja das Kind stets ebenbürtig. Freilich kann man nicht sagen, dass der Spiegler die Ebenbürtigkeitsvoraussetzung nur auf die Beerbung des Ehemannes bezogen habe. Eine solche Beschränkung müsste sich aber, wenn er bei der Nichtzweiung der Kinder von den Eltern mit Eigenschaft nur an ein Gehören, ein Geeigenschaftetsein im Verhältnis zu dem zu beerbenden Gatten dachte, in Ansehung dieser Voraussetzung ohne weiteres daraus ergeben, dass eben der Spiegler von einem Falle ausgegangen ist, in welchem es sich um Kinder handelt, die von der Ehefrau geboren werden. Ist es also nicht unwahrscheinlich, dass der Verf. des ursprünglichen Sachsenspiegels die Ehelichkeitsvoraussetzung nur auf die Beerbung des Ehemannes bezogen hat, so würde er sich

damit wohl in Übereinstimmung mit der Volksmeinung befunden haben, wenn man diese letztere erkennen darf in dem späteren Zusatze: „Man seget dat nen kint siner muder keves kint ne si". Der Urheber desselben, der in diesem Punkte wohl nicht ganz den Geist seiner Vorlage in sich aufgenommen hat, scheint deren Wortlaut in einem anderen Sinne verstanden zu haben. In der Tat brauchte der Wortlaut bezüglich des Erbewerdens der Kinder der Ehefrau nicht unbedingt eine Beschränkung der Ehelichkeitsvoraussetzung auf den Fall der Beerbung des Ehemannes zu bedeuten, vielmehr konnte er auch als Ausdruck des Gegenteils aufgefasst werden: „die muten ok wol sin erve nemen, unde irer muder also, wende sie en evenburdich sin; se ne tveien von in mit egenscap". Jedenfalls letzterwähnten Sinn aus den Worten entnehmend, kommt der spätere Bearbeiter dazu, die gemeine Ansicht, „dat nen kint siner muder keves kint ne si" und dass darum auch das uneheliche Kind seiner Mutter Erbe nehme, zu verneinen mit den Worten: des n'is doch nicht".

Budde hat den späteren Zusatz: „Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erve nicht" durchaus missverstanden. Er deutet ihn, wie schon gesagt, dahin, dass ein unehelich geborener Mann auch von seinen ehelichen Kindern nicht beerbt werde. Budde hat sich dafür berufen auf die Magdeburger Schöffenurteile I 14, 4 und 8, d. i. auf die sog. Magdeburger Fragen B. I Kap. 14 Dist. 4 und 8.

Bei Dist. 4 lautet die Frage: „Were das eyn unelich man geborn eyne eliche frouwe zcu der e neme unde kinder hetten unde dy kinder vort kinder hetten, ab dy kinder das gut adir erbe von rechte nemen sullen adir nicht, unde wy sich das irfolgen sal uff eyn ende". „Hiruff sprechen wir scheppin zcu Magdeburg recht: Dy kinder mogen ires vater gut nicht entphaen von rechtis weyn, unde das sal nicht volgen von kinde zcu kinde, die wile man dy uneliche gebort bewissen unde beschelden mag" [3]).

Eine Ergänzung hierzu bildet Dist. 8: „Uff wen kebis kinder gut irstirbet, Uff wen unelicher kinder gut, das sy dirarbeit haben, vallen sall noch irem tode unde erben.

[3]) Behrend, Die Magdeburger Fragen, Berlin 1865, S. 133.

Hiruff sprechen wir scheppin zcu Magdeburg recht: Welchir kebiszkinder gut, is sey erbe ader varnde habe, das sy dirarbeit haben adir vorkoufft vor gehegetem dinge nicht vorreicht noch vorgeben were noch habin, unde nicht elicher kinder recht haben, das stirbet unde fellet an dy konigliche gewalt noch irem tode, das ist in das gerichte, dorynne is bestirbet unde ist gelegin, dorumb das sy den nucz der ee nicht enhaben an erem gute zcu erben, das ist das sy nicht erben mögen" [4]).

Ich nehme auch, wie Budde, einen Zusammenhang an zwischen Dist. 4 und dem Sachsenspiegelzusatz: „Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erbe nicht", aber nicht einen solchen Zusammenhang, der den von Budde behaupteten Sinn des Zusatzes beweisen könnte.

Dist. 4 ist jünger als dieser. Letzterer mag schon aus dem 13. Jahrhundert stammen. Überliefert ist er erst in den Handschriften der von Homeyer zusammengestellten B.-Ordnung (Klasse I Ordnung 2) [5]), von denen als die beiden ältesten die Breslauer Handschrift II F. 8, Nr. 85, Bv., mit dem Entstehungsjahr 1306 und die Krakauer Handschrift, Nr. 131, Bw., mit dem Jahre 1308, wenn auch nicht mit völliger Sicherheit dieser Jahreszahlen, angesetzt sind.

Anderseits ist Dist. 4 von dem Kompilator der Magdeburger Fragen mit den meisten anderen in Buch I Kap. 14 vereinigten Distinktionen entnommen aus einer umfassenderen Sammlung Magdeburger Urteilsprüche, die jedenfalls in Thorn kompiliert ist, und zwar vermutlich nicht viel vor 1400, da die ältesten der darin aufgenommenen datierten Urteile aus den Jahren 1363 und 1379 stammen [6]). Die Thorner Kompilation hat die Dist. 4 höchstwahrscheinlich übernommen mit und innerhalb einer kleineren Sammlung, in welcher eine Reihe zunächst wohl für Schlesien ergangener Urteile über die rechtliche Stellung der Unehelichen zusammengestellt war und welche eben im wesentlichen in Buch I Kap. 14 der Magdeburger Fragen sich

---

[4]) Behrend a. a. O. S. 135.

[5]) Homeyer, Ssp. I 3. Aufl. 1861 S. 202 Anm. 8, S. 26—29.

[6]) Behrend a. a. O. S. XXIII f., XXXIV.

wiederfindet[7]). Dieser Sammlung entstammen freilich jene Urteile der Thorner Kompilation von 1363 und 1379 nicht. Selbst wenn dieses der Fall wäre, würde es für das Alter von Dist. 4 nichts beweisen.

Trotzdem darf man behaupten, dass das ihr zugrunde liegende Magdeburger Urteil jünger ist als der Sachsenspiegelzusatz. Artikel 136 des Magdeburg-Görlitzer Rechts von 1304 sagt: „Ob eines pfaffen sun wib nimet. Nimet eines pfaffen sun ein elich wib unde gewinnet her gut oder erarbeitet gut mit ir unde gewinnet her kinder mit ir, daz sint echte kindere; stirbet her sidere, sine kindere nement sin gut unde swaz her sime wibe hat gegiftet in gehegetem dinge, daz beheldet sie; stirbet aber her ane kindere, so getritet sin gut an die konicliche gewalt". Hier sehen wir ein auf einer Rechtsmitteilung der Magdeburger Schöffen beruhendes Tochterrecht des Magdeburger Rechts[8]) auf einem Standpunkte, der in schroffem Gegensatze steht zu demjenigen, den das Magdeburger Urteil einnimmt, aus welchem Dist. 4 erwachsen ist. Daraus ist zu schliessen, dass diese Divergenz auch besteht zwischen dem im Jahre 1304 geltenden Magdeburger Recht selbst und dem Schöffenspruch der Dist. 4. Dass nun aber der hiernach für das Jahr 1304 anzunehmende Magdeburger Rechtssatz, nach welchem die ehelichen Kinder der unehelich Geborenen der letzteren Erbe nehmen, früherer Zeit angehört, als die gegenteilige Rechtsmeinung der Dist. 4, kann nicht zweifelhaft sein. Denn einmal war jener Rechtssatz ja mit voller Klarheit in der ursprünglichen Fassung von Ssp. I 51 § 1 ausgesprochen. Bei dem jedenfalls vorhandenen Zusammenhange mit dieser Sachsenspiegelnorm reicht also der Ursprung des Rechtssatzes von 1304 soweit zurück, dass es ausgeschlossen ist, es könne der Schöffenspruch in Dist. 4 noch vorhergegangen sein. Wenn letzterer vielmehr aus späterer Zeit stammen muss, so würde dieses auch der allgemeinen Tendenz entsprechen, welche die mittel-

[7]) Behrend a. a. O. S. XXIV, insbes. Anm. 44 a und S. XXXIV.

[8]) Vgl. Laband, Magdeburger Rechtsquellen, Königsberg 1869, S. 104 f., Schröder, Deutsche Rechtsgesch. 4. Aufl. S. 679.

alterliche Entwickelung der Rechtsstellung der unehelichen Kinder beherrscht. Deren Zurücksetzung hat sich im Laufe des Mittelalters eher gesteigert als gemildert, nicht ohne Einfluss der Kirche und des kanonischen Rechts[9]), dessen Rezeption man im Verlaufe des 14. Jahrhunderts schon mehr entgegeneilte. Wenn aber der Schöffenspruch der Dist. 4 jünger ist als der Rechtssatz von 1304, so ist jener eher nach der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts hin oder in diese hinein zu verlegen als noch in den Anfang des Jahrhunderts. Denn der Rechtssatz des Jahres 1304 drückt noch mit solcher Bestimmtheit die ältere Meinung aus, und der Gegensatz des jüngeren Schöffenspruches hierzu ist ein so schroffer, dass eine geraume Zeit verflossen sein muss, ehe in einer das Volksleben des Mittelalters so tief berührenden Frage bei den Schöffen derselben Stadt sich eine so diametral entgegengesetzte Ansicht ausbilden, ehe der Standpunkt gerechter Billigkeit in einen Standpunkt krassester Unbilligkeit sich wandeln konnte.

Wird nach den Gründen des Umschwunges gefragt, so darf man wohl sofort sagen, dass den Schöffen des Spruches der Dist. 4 das Rechtsempfinden des Volkes schon fremder geworden ist.

Ein Argument dafür, dass die volkstümliche Meinung mit dem Urteile der Dist. 4 nicht im Einklang gestanden haben wird, bildet schon in etwa jene milde, dem natürlichen Abstammungsverhältnis Rechnung tragende Volksanschauung, welche sich verrät in dem Sachsenspiegelzusatz: „man seget dat nen kint siner muder keves kind ne si" [10]). Dieselbe, jedenfalls althergebrachte Volksmeinung hat im schwedischen Westgötalag (13. Jahrh.)[11]), in Addit. IV 2 zu der Bestimmung geführt: „Wird ein Mann des Landes verschworen und friedlos gelegt, stiehlt er sich wieder ins Land zu seiner Hausfrau und zeugt ein Kind mit ihr, so heisst dieses ris hoffdþe; nach

[9]) Vgl. Gierke, D. Pr.-R. I S. 419 f.

[10]) Über die Zeit des Zusatzes gilt dasselbe, was oben S. 352 gesagt ist über den vorhergehenden Satz: „Echt man noch echt wif etc."

[11]) Vgl. v. Amira, Grundriss des Germ. Rechts, S. A. Strassburg 1897, S. 57 f.

unserem Rechte nimmt ein solches Kind die mütterliche, aber nicht die väterliche Erbschaft"[12]).

Zwar nicht mit Bezug auf das Erbewerden, wohl aber hinsichtlich der Beerbung der unehelichen Kinder ist jene milde Auffassung in noch weiterem Umfange zu entnehmen aus dem Schwabenspiegel, dem alten lübischen Recht (13. Jahrh.) und aus den jedenfalls nicht später als i. J. 1359 abgefassten[13]) Goslarer Statuten. Der Schwabenspiegel sagt: „Die unelich geboren sint, die mugen ir reht wider gewinnen, ob si elichiu hygeräte tuon. si erbent aber kein guot von ir vordern, aber iriu kint erbent wol von iren vorderen ir erbguot"[14]). Hiermit soll gesagt sein, dass die ehelichen Kinder der unehelich Geborenen diese beerben. Nicht etwa ist von einer Beerbung der Eltern der Unehelichen durch deren Kinder die Rede. Das „iren" vor dem zweiten „vorderen" bezieht sich also auf kint und nicht auf das erste „vorderen". Im alten lübischen Recht (bei Hach, S. 249) heisst es: „De van ener amyen is gheboren, dene nimt neghen erve, mer sin erve nemet de negesten maghe, de dar to horen". Nach einer anderen Rezension lautet die Stelle: „Echte ervet nen unechte, men unechte ervet echte, dat is also, dede echte is, ervet sin gudt nenem unechtem, men de unechte ervet sin gudt wol einem echtgebaren". Die Goslarer Statuten bestimmen: „Onecht kint ne nimt nen erve, sin erve aver nimt sin neyste. Heft et ene moder, de nimt dat to voren. Is se dot, so nimt it sin neyste van vader oder van moder halven"[15]). Der ganz allgemeine Satz: „sin erve . . . nimt sin neyste" wird im folgenden nur teilweise ausgeführt. Er besagt nämlich nicht bloss, dass Erbe des unehelichen Kindes die Mutter und der nächste Verwandte von der Mutter- oder Vaterseite sein könne, sondern verstattet zweifellos auch die Beerbung des unehelich Geborenen durch seine eheliche Deszendenz und den Vater. Mit Recht bemerkt Göschen a. a. O. S. 129 hierzu:

[12]) Entnommen aus Wilda, Strafrecht der Germ., Halle 1842, S. 292.

[13]) Göschen, Die Goslarischen Statuten, Berlin 1840, S. VI.

[14]) Schwsp. (W.) 38. Bei Lassberg c. 41 heisst es in der Stelle: „. . . si erbent aber dehein gut von ir magen, aber iriu kint diu erbent wol von ir vriunden ir erbe gut".

[15]) Göschen a. a. O. S. 8 Z. 28—30.

„Von der Deszendenz des Verstorbenen und vom Vater desselben wird nichts gesagt; und doch kann man nicht wohl eine Ausschliessung dieser Personen annehmen, zumal da, was den Vater angeht, die Personen, welche nur durch ihn ein Recht haben, genannt sind".

Weiter lässt sich aus Rechtsbestimmungen der späteren Zeit folgern, dass sich im Volke immer eine Auffassung erhalten hat, die gegensätzlich zu Dist. 4 dem Rechtssatz des Magdeburg-Görlitzer Rechts von 1304 entspricht. So heisst es in der Lüneburger Ref. (1577—83) Teil 5 Tit. 2: „nach unserem Stadtrecht erbet kein unecht Kind die Mutter so wenig, als den Vater, wie denn auch eines unechten Menschen Güter dem gemeinen Gut allhie ansterben und heimfallen, wo keine eheliche Leibeserben von ihm vorhanden". Nach dem Vorbilde des alten lübischen Rechts bestimmt noch das i. J. 1586 zuerst gedruckte revidierte Lübecker Stadtrecht II 2 art. 9: „Uneheliche Kinder nehmen kein Erbe, aber derselben verlassen Gut erben ihre nehesten Blutfreunde, die darzu gehören". Die Kgl. schwedische Verordnung für Bremen und Verden von 1710 sagt: „alle sothane Verlassenschaften unehlich gebohrner Kinder, so weit keine Erben in linea descendenti vorhanden, dero königlichem Fisko jederzeit anheim fallen und zu gute kommen sollen" [16]).

Hiernach hat man guten Grund anzunehmen, dass die Magdeburger Schöffen mit ihrem Urteil der Dist. 4 sich dem Rechtsempfinden des Volkes entgegengestellt haben. Sie arbeiteten bereits in einer Zeit des Verfalles volkstümlicher Rechtskunde [17]), neigten auch wohl schon als gelehrte Rechtsprecher den fremden Rechten und speziell in diesem Punkte der allgemeinen Tendenz des kanonischen Rechtes zu [18]).

Indes hat der Umschwung, den das Urteil der Dist. 4 gegenüber dem Rechtssatze von 1304 darstellt, neben diesen allgemeinen Gründen auch noch eine konkretere Veranlassung,

---

[16]) Die Stellen sind zum Teil entnommen aus Kraut-Frensdorff S. 131.

[17]) Vgl. auch Behrend a. a. O. S. XXX.

[18]) D. h. überhaupt einer ungünstigen Behandlung der unehelichen Kinder, womit aber keineswegs gesagt sein soll, dass das kanonische Recht einen jenes Urteil gutheissenden Satz gekannt hätte.

die freilich auch an sich mit der allgemeinen Tatsache des Emporkommens einer volksentfremdeten Rechtsgelehrsamkeit in besonderer Beziehung steht. Ich bin davon ausgegangen, dass ein Zusammenhang besteht zwischen Dist. 4 und dem Sachsenspiegelzusatz „Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erve nicht". Dieser Zusatz findet sich, wie ich schon zeigte, zuerst in Handschriften, als deren Anfertigungsjahre von Homeyer nicht ohne allen Zweifel die Jahre 1306 und 1308 angegeben sind. Ich will nun nicht behaupten, dass deshalb ein Entstehen des Zusatzes erst nach dem Jahre 1304 anzunehmen und dass darum hierin das spezielle Moment zu erblicken sei, welches jene völlige Wandlung in der Rechtsauffassung der Magdeburger Schöffen hervorgerufen habe. Vielmehr habe ich oben bereits gesagt, dass der Zusatz vielleicht schon dem 13. Jahrhundert angehört. Immerhin mag er weitere Verbreitung erst im 14. Jahrhundert gefunden haben. Anderseits darf man, wenn die Jahre 1306 und 1308 als Entstehungszeit der Breslauer und Krakauer Handschrift richtig angesetzt sind, daraus schliessen, dass um diese Zeit in Magdeburg, woher ja Breslau und Krakau vornehmlich ihr Recht bezogen[19]), der Zusatz bereits festen Boden gewonnen hatte.

In sich trug er die Gefahr, leicht missverstanden zu werden. Dieses zeigt die Tatsache, dass man ihn so häufig missverstanden hat, ohne dass die Missverständnisse durcheinander beeinflusst waren. Sie begegnen schon in den Handschriften. In einer Handschrift der Homeyerschen B.-Ordnung fehlt der ganze Zusatz[20]). Es ist möglich, dass die Fortlassung bewusst geschehen ist, und zwar deshalb, weil der Schreiber den Zusatz dahin verstand, dass eheliche Kinder ihren unehelich geborenen Vater nicht beerben sollten, und weil er den Widerspruch fühlte, in dem dieses zu dem vorangegangenen Satze stand. Jedenfalls bei gleicher Auffassung des Zusatzes hat sich der Verfertiger der Görlitzer Handschrift Co. der Homeyerschen C.-Abteilung (Nr. 260) dadurch zu helfen gesucht, dass er am Schlusse desselben das „nicht" fallen liess, wodurch seine Bedeutung

---

19) Vgl. Schröder, D. RG. 4 S. 681, Behrend a. a. O. S. XVI f.
20) Vgl. Homeyer a. a. O. S. 202 Anm. 8.

allerdings auf eine Wiederholung der im vorhergegangenen Satze enthaltenen Hauptbestimmung beschränkt wurde. Schliesslich enthält die Zobelsche Ausgabe des Sachsenspiegels von 1535 den Zusatz in der abgewandelten Form: „Kein ehelich mann noch ehelich weib nimpt eines mannes erbe, der unechte ehe hat". Auch Zobel bzw. sein Autor will offenbar, weil er den Zusatz missversteht, einem daraus für ihn sich ergebenden Widerspruch ausweichen. Und es scheint, dass er durch seine Korrektur einen Sinn ausdrücken will, in dem tatsächlich schon der ursprüngliche Zusatz gemeint war. Jedenfalls sagt doch die Stelle bei Zobel, dass es sich handelt um das Erbe eines ausserehelichen Beischläfers und nicht um dasjenige eines unehelich geborenen Mannes. Auch das Missverständnis Buddes, das uns der Anlass zu dieser Untersuchung wurde, ist ein neuer Beleg für die jenem Zusatz eingeborene Gefahr, falsch aufgefasst zu werden.

Je weiter man nun in das 14. Jahrhundert hinein und damit dem Verfalle volkstümlicher Rechtskunde entgegenschritt, um so mehr musste diese Gefahr potenziert werden. Leicht konnte ihr daher der i. J. 1305 in Bologna romanistisch geschulte brandenburgische Hofrichter Johann von Buch erliegen, als er um 1325 seine Glosse zum Landrecht des Sachsenspiegels schrieb. In der niederdeutschen Glosse des Augsburger Primärdruckes des Sachsenspiegels von 1516 heisst es mit Bezug auf den Zusatz: „Echte man noch echte wyff etc.": „dat is des schult, dat dy uneelike man des eeliken erve nicht nemen mach". . . . Hiermit soll gesagt sein: Weil der unehelich Geborene das Erbe seiner ehelich geborenen Eltern nicht nehmen könne, so ergebe sich hieraus auch der umgekehrte Satz, dass die ehelichen Kinder nicht das Erbe ihrer unehelich geborenen Eltern nehmen. In Ssp. I art. 28 ist nun davon die Rede, dass das erblose Gut an den Richter bzw. den Fronboten als die Funktionäre der öffentlichen Gewalt fällt. Hierzu bemerkt die niederdeutsche Glosse des Augsburger Druckes: „Vierley wyss kumpt dat thu dat gudt erveloss wert. Thom ersten oft he dy dar sterf nenen erven hadde dy syn erve nemen muchten als unechte lüde, ut infra Echte man nympt unechtis mannes erve nicht art. 51 § 2". Dass der Glossator hier „unecht" als unehelich und

nicht etwa als echtlos = friedlos versteht, beweist die Fortsetzung der vorigen Stelle: „Tom anderen offt he sy het und offte sy is nicht nemen muten dorch des doden broke supra art. 6 in prin. et infra art. 38 § 2. Als oft he an dat ryke geraden hedde". Diese sämtlichen Stellen gehören zur Glosse Johanns von Buch [21]). Es liegt auf der Hand, dass sie denselben Gedankenkomplex enthalten, wie er in Dist. 4 und Dist. 8 der Magdeburger Fragen wiederkehrt. Dafür, dass er hier durch die Buchsche Glosse vermittelt ist, sprechen zunächst in Dist. 8 die Worte „dorumb das sy den nucz der ee nicht en haben an erem gute zcu erben, das ist das sy nicht erben mögen". Denn in der Buchschen Glosse zu I 51 heisst es (im Augsburger Druck von 1516): „Echteloss is ok drierley. . . . Dy drüdden sint echteloss geboren unde mogen echte wyff nemen. Aver dy nut des echtes hebben sy nicht dat is an ereme gude tu ervene unn dat sy nen erve nemen, supra Art. 38 § 4" [22]).

[21]) Über den Platz der Buchschen Glosse in dem Augsburger Druck von 1516 im allgemeinen vgl. Steffenhagen, Die Entwickelung der Landrechtsglosse des Sachsenspiegels i. d. Sitzungsberichten der Wiener Akad. d. Wiss. (philos.-hist. Klasse) Bd. 100 (1882) S. 890. Ich habe mich übrigens auch überzeugt, dass die Stellen im wesentlichen übereinstimmend in Glossenhandschriften sich finden, welche die Gewähr für die Autorschaft Johanns von Buch bieten Ich meine zwei niederdeutsche Handschriften der Königl. Universitätsbibliothek zu Münster (Paulina). Die eine (Nr. 494 des Verzeichnisses in Homeyers Werke „Die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften" S. 131) ist vom Jahre 1449 und gehört zu Klasse II Ordnung 1 Familie 1 der von Homeyer im Hinblick auf den Landrechtstext des Sachsenspiegels klassifizierten Handschriften (vgl. Homeyer, Sachsensp. I 1861 S. 34). Die andere (Nr. 496 des Homeyerschen Verzeichnisses) stammt aus dem Jahre 1405 und ist von Homeyer der Familie 2 derselben Klasse und Ordnung zugeteilt (a. a. O. S. 35). Ebenhier hat seinen Platz der Kölner Druck von 1480 (niederdeutsch), in welchem ich gleichfalls die Stellen verglichen habe. Den Handschriften und Drucken beider Familien darf man auch heute noch nach Homeyer als gemeinsam ansehen, dass sie noch keine der Buchschen Glosse im wesentlichen fremde Zutaten enthalten (vgl. Homeyer a. a. O. S. 33, 36, 38, 40). Auch die eingehenden Untersuchungen Steffenhagens a. a. O. seit 1881 haben in diesem Punkte nichts Abweichendes ergeben, insbesondere nicht, soweit es sich um unsere Stellen handeln könnte; vgl. namentlich Bd. 114 a. a. O. (1887) S. 700, 703, 709.

[22]) Vgl. oben S. 351 f.

Der Grundstock von Dist. 8 findet sich wieder, wie im alten Kulm IV 96, so auch im Magdeburg-Breslauer systematischen Schöffenrecht IV 54: „Unelichir kebis kindir gut, ys sy erbe adir varnde habe, daz ze direrbeit habin adir gekouft adir gegebin ist und nicht vorreicht ist in gehegtim dinge und nicht eliche kinder habin, daz stirbit und vellit noch irme tode in daz gerichte, dorynne is bestirbit und gelegin ist“ [23]). Es ist anzunehmen, dass hier ein Magdeburger Schöffenspruch zugrunde liegt [24]). Dieser nahm dann noch ganz den Standpunkt der Magdeburger Rechtsmitteilung an Görlitz v. J. 1304 ein. Nach Labands Untersuchungen [25]) ist die Mitte des 14. Jahrhunderts als die Entstehungszeit des Magdeburg-Breslauer systematischen Schöffenrechts anzusehen. Darf man davon ausgehen, dass der Verf. des Rechtsbuches den Umschwung in der Magdeburger Rechtsprechung berücksichtigt haben würde, wenn dieser bereits erfolgt wäre, so gelangt man dahin, dass um die Mitte des 14. Jahrhunderts die Magdeburger Schöffen noch wie im Jahre 1304 judizierten. Erst in der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts sind sie dann durch das Missverständnis Johann v. Buchs beeinflusst worden. Demgemäss haben sie selbst oder hat der Kompilator der oben S. 352 erwähnten kleineren Sammlung, welche der wahrscheinlichen Thorner Kompilation voranging, den bei IV 54 des Magd.-Bresl. Schöffenrechts zugrunde liegenden Spruch nach der neueren Rechtsprechung im Sinne der Buchschen Glosse korrigiert. Dieses geschah, indem an die Stelle der Worte „unde nicht eliche kinder habin“ (Magd.-Bresl. Sch.-R.) gesetzt wurden die Worte „unde nicht elicher kinder recht haben“ (Dist. 8), und indem hinzugefügt wurde der aus der Buchschen Glosse stammende Zusatz: „dorumb das sy den nucz der ee nicht en haben an erem gute zcu erben, das ist das sy nicht erben mögen“.

Einen weiteren Beleg für die von der Buchschen Glosse ausgegangene Beeinflussung der Magdeburger Schöffen in den Urteilen der Dist. 4 und 8 stellt noch dar der Zusammenhang

---

[23]) Vgl. Laband, Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht, Berlin 1863, S. 167.

[24]) Vgl. Laband a. a. O. Einleitung. [25]) a. a. O. S. XXXIII.

zwischen dem gleichfalls als Dist. 1 dem 14. Kapitel 1. Buches der Magdeburger Fragen angehörenden Schöffenspruch [26]) und einem anderen Teile der Buchschen Glosse zu I 51 § 1. Dieser lautet in dem Augsburger Druck von 1516: „Rechtelosen lüde sint drierleye. Dy ersten sint rechteloss also dat sy in dem rechte nicht tügen mogen . . . Unn dat sy keins mans wort vor gerichte spreken mogen . . . Dy anderen dy rechteloss sin dy sint rechteloss an ereme gude, also dat sy nich vorgeven noch vorkopen . . . mogen . . . Dy drüdden sin rechtloss an me lyve unde an me gude. An me lyve als dat men sy wol erschlan moth . . . He is ock rechtloss an me gude so dat he is nicht erven moge . . . Dy irsten sint spellude unn erlose lüde . . . Dy anderen sint ok, den or gut in konigliker achte verdeylet is . . . Dy drüdden sint dy vredeloss geleget sint . . . Dit geschit ock twierley wyss. Ethlike werden van deme richtere vredeloss geleet, als vervestede unn verachte lüde . . . Dy andere duu dat dat sy sick selven vredeloss maken, als dy des nachtes in der lüde huss breken . . . Edder dy met echte lüde wyff thu heymeliken sint . . ." [27]). Ich stelle die genannte Dist. 1 gegenüber. Es heisst hier: „Ab eyn unelich man unde syne kinder adir eyn rechtelosz man syn erbe adir gut vorkouffen mag ane wedirsprache syner herschafft. Hiruff sprechen wir scheppin zcu Magdeburg recht: Eyn unelich man unde syne kinder mögen ir gut wol gebin adir vorkouffen. Adir rechteloz das ist manchirley. Eczliche lute dy heissen rechtelosz, das ist anrechtig, also das ir recht nicht also volkomen ist als ander luthe unde sy mogen keynem manne behulffen syn zcu syme rechte, also spelluthe und lotterer adir dy unelich geborn syn adir dy dube adir roup vor gerichte vorsunet haben adir derglich vorwunden werden, desse mogen ir gut wol vorgeben. Andere lute heissen ouch rechtelos, das ist fredeloz, als der yn eyme gerichte vorvestend ist, der ist do rechteloz, der mochte doch syn gut in eyme andern gerichte wol vorgebin eym andern ader in demselbin ge-

[26]) der übrigens auch der oben S. 352 erwähnten wahrscheinlichen Thorner Kompilation sowie der wahrscheinlichen vorangegangenen kleineren Sammlung angehört haben wird; vgl. Behrend a. a. O. S. 130, S. XXXIV u. XXIII f.

[27]) Vgl. oben S. 359 Anm. 21.

richte ab der cleger und richter ym frylicheit gebin dorczu zcu komende. Etczliche lute sint rechtelos, das ist fredeloz unde erloz unde gutlosz, also das man sy alwege angriffen mag, also dy dy mit rechte yn des riches ban komen syn ader echte werden brocht, dessze mogen keyn gut vorgebin".

Der Zusammenhang zwischen beiden Stellen kann nicht bezweifelt werden. Ein selbständiger Beweis, dass Dist. 1 die jüngere, durch die Buchsche Glosse beeinflusste Stelle ist, möge Platz finden. Bei oberflächlichem Hinschauen könnte man ja fast versucht sein, die Glossenstelle als jüngere anzusehen. Gründe hierfür könnte man finden wollen in einer durch bestimmtere Hervorhebung der Kategorien mittels Zuhilfenahme der Zahl vollkommeneren Systematik sowie in einer grösseren Ausführlichkeit, insbesondere bei Behandlung sowohl der einfachen Rechtlosigkeit als der Friedlosigkeit. Aber einem aufmerksameren Blicke kann es nicht entgehen, dass die zweite Stelle unverkennbare Spuren jüngeren Entstehens an sich trägt. Das Fehlen der Zahl der Kategorien ist hier nur die Folge einer viel mehr ausgebildeten und viel freier sich bewegenden Abstraktionskraft. Der Glossator setzt zweimal an, um die drei Kategorien zu erörtern. Der Redaktor des Schöffenspruches behandelt sie in einem Zuge, wobei die Gedankenfolge auch bis ins einzelne streng logisch-systematisch ist. In letzterer Beziehung ist jeder Satz ein Beleg. Beispielsweise sei hervorgehoben der Schlusssatz. Hier werden zunächst hingestellt die drei Begriffe: fredeloz, erloz und gutlosz. Sie erfahren dann weitere Ausführung, nämlich fredeloz: „also das man sy alwege angriffen mag", erloz: „also dy dy mit rechte yn des riches ban komen syn oder echte werden brocht" und schliesslich gutlosz: „dessze mogen keyn gut vorgebin". Die Ausführlichkeit des Schöffenspruches ist nur scheinbar eine geringere. Die äusserliche Verkürzung erklärt sich durch die intensivere Zusammenfassung. Inhaltlich besteht im wesentlichen eine Parallele. Wenn es in der Glossenstelle von den Rechtlosen der ersten Kategorie heisst: „dat sy in deme rechte nicht tügen mogen", so sagt hierfür das Urteil: „das ir recht nicht also volkomen ist als ander luthe". Recht ist hier, wie so oft, gleich Eid. Der in der Glosse weiter ausgedrückte Nachteil

dieser Rechtlosen, „dat sie keins mans wort vor gerichte spreken mogen“, kehrt im Schöffenspruche wieder mit den Worten: „sy mogen keynem manne behulffen syn zcu syme rechte“. In einer Beziehung wird hier die erste Kategorie der Rechtlosen sogar eingehender behandelt. Die Glosse erwähnt als solche „spellude unn erlose lüde“. Das Schöffenurteil zählt auf „spelluthe und lotterer adir dy unelich geborn syn adir dy dube adir roub vor gerichte vorsunet haben etc.“. Diese grössere Ausführlichkeit hat ihren Grund darin, dass sie herausgefordert ist durch die zur Entscheidung stehende konkrete Frage, ob ein unehelich Geborener und seine Kinder ihr Gut vergeben oder verkaufen können. Übrigens ist auf diese Frage naturgemäss die ganze Erörterung des Schöffenspruches abgestellt, wodurch sich ebenfalls Abwandlungen desselben von der rein theoretischen Darstellung des Glossators ergeben mussten. Vielleicht erklärt sich hierdurch auch die in der Tat nicht wegzuleugnende geringere Ausgestaltung der dritten Kategorie, die sich auf die Friedlosen bezieht. Möglich ist aber auch, dass manches, was die Glosse hierüber sagt, den, wie in der Abstraktionsfähigkeit, so auch in der Aufklärung mit der Zeit vorgeschrittenen Schöffen nicht mehr passt, so die Friedlosigkeit, die sich nach der Glosse noch unmittelbar an die Tat knüpfen soll. Sie mag darum von den Schöffen einfach fallen gelassen sein. Eine humanere und darum wohl zeitlich jüngere Auffassung offenbaren die Schöffen auch sonst in mehrfacher Beziehung. Noch hinsichtlich der Friedlosigkeit gehört hierher, dass sie als Wirkung derselben nur angeben, „man möge sie alwege angriffen“, während die Glosse insoweit noch im Banne der alten brutalen Strenge steht, indem sie sagt: „dat men sy wol erschlan moth“. Weitere Belege dieser Art: Die Glosse spricht den Rechtlosen die Zeugnisfähigkeit vollständig ab. Die Schöffen wollen nur „das ir recht (Eid) nicht also volkomen ist als ander luthe. Die Glosse hat über die Rechtlosen der zweiten Klasse, unter welchen sie, obwohl nicht ganz klar über den Begriff der Verfestung[29]), ebenso wie die Schöffen, die noch nicht in die Reichsoberacht gekommenen Verfesteten versteht, den Ausspruch getan, dass sie

[29]) Vgl. die dritte Kategorie der Glosse.

ihr Gut überhaupt nicht verkaufen noch vergeben können. Die Schöffen wollen es zulassen, dass der Verfestete sogar in dem Gerichtsbezirke, in welchem er verfestet ist, sein Gut vergibt, falls der Kläger und der Richter es ihm verstatten.

Alles weist mithin auf jüngeren Ursprung von Dist. 1 hin und demgemäss auf Beeinflussung der Stelle durch die Buchsche Glosse. Darin aber liegt ein selbständiges Argument auch für den Kausalzusammenhang zwischen dieser Glosse und der in den Urteilen der Dist. 4 und 8 sich darstellenden Rechtsprechung, und zwar um so mehr, als die Urteilsfrage und der Spruch der Schöffen in Dist. 1 mit dem Urteil der Dist. 4 in der engsten Beziehung steht, ja dieses bereits voraussetzt, wie aus den Worten der Dist. 1: „eyn unelich man unde syne kindere" hervorgeht (vgl. oben S. 361).

So haben wir die Erklärung, wie die Magdeburger Schöffen zu ihrer von der früheren so sehr abweichenden Ansicht gelangt sind. Johann von Buch ist romanistisch und kanonistisch geschult. Seine Anschauungsweise ist dadurch nach einer Richtung hin orientiert, welche, auf die Erzwingung der Regelung des Geschlechtsverkehrs durch die Ehe bzw. auch auf die Unterdrückung des Geschlechtsverkehrs der Geistlichen hinauslaufend, den unehelichen Kindern ungünstiger war, als die heimische Volksansicht. Diese wird freilich von Johann von Buch als „natürliches Recht" auch noch gefühlt. Charakteristisch ist aus seiner Glosse zu I 51 folgende Stelle: „Ock schal tu weten dat etlike kindere eelick sin unde etlike uneelick, dat is nicht van naturen, wen dy keysere hebbent gesat, dorch dat sy dy lüde thu eeliken wyven dwingen dar mede, dat sy anders neyne erffnamen krigen kunden unn sint dat id naturlike recht gemeine is des hebben de keisere in allen stucken war sie kunden met den satten rechte gedrucket dat unn gedwungen. Des besehe alle leges unn Canones so vindestu war dat gesatte recht is yegen deme naturliken rechte. Dar hebben dy keysere alle dy list gefunden dy sy muchten unn hebben yo dy settinge entlike dar in gedrucket". So der Augsburger Druck von 1516. In der Handschrift der Münsterischen Universitätsbibliothek von 1405 (oben S. 359 A. 21) lautet die Stelle: „Nu wette dat itlike kinder echte syn und ytlike unechte. Dat en is nicht

van nature. Wen de keyser hebt ed gesat dor dat sey de lude to echten wyven dwinget. Dar mede dat sey anders neyne erffman krygen konden. Doch bezue alle leges und Canones. So vindestu war dat gesatte recht steit tegen dat naturlike recht. Dar hebt de keysere alle lyst to vunden dat sey dat endeden und hebt to settinge io entliken na vordruckt". Zu dieser Schlussversion passt besser die Fortsetzung der Buchschen Glosse, die sich über die Legitimation der unehelichen Kinder verhält; doch interessiert das hier nicht. Für uns kommt die Glossenstelle nur in Betracht als Beleg für die Beeinflussung Johanns von Buch durch seine romanistische bzw. kanonistische Bildung zuungunsten seiner Erkenntnis über die nationale Rechtsauffassung in dem fraglichen Punkte. So ist er freilich zu einer solchen missverständlichen Auffassung des Sachsenspiegelzusatzes gelangt, welche über die Zurücksetzung der unehelichen Kinder im römischen und kanonischen Rechte weit hinausgeht. Immerhin haben die Magdeburger Schöffen, indem sie sein Werk als Kommentar heranzogen, seine Meinung um so leichter angenommen, je mehr sie selbst schon in den fremden Rechten gebildet waren, je mehr sie selbst schon einer tiefer gehenden Kunde des volkstümlichen Rechtes entbehrten. Schon sehr früh haben sie die Buchsche Glosse benutzt. Steffenhagen [30]) hat nachgewiesen, dass ein Magdeburger Schöffe die Buchsche Glosse bald nach 1329, also kurz nach ihrer Entstehungszeit, interpoliert hat. Auf die vorgeschrittene fremdrechtliche Schulung der Magdeburger Schöffen, die eine Vernachlässigung des heimischen Rechtes im Gefolge gehabt haben wird, lässt die systematische Fertigkeit und die ausgebildete Abstraktionsfähigkeit schliessen, von denen Dist. 1 Kunde gibt (oben S. 362 f.).

Dass übrigens ihre Rechtsprechung in der Art, wie sie sich aus Dist. 4 und 8 der Magdeburger Fragen ergibt, keineswegs eine singuläre blieb, geht hervor aus den Randbemerkungen des Stendaler Glossators zur Petrinischen Glosse [31]). Letztere ist jünger als die Stendaler Glosse [32]) und bestimmt sich dem-

[30]) a. a. O. Bd. 98 (1881) S. 78 f.

[31]) Steffenhagen a. a. O. Bd. 101 (1882) S. 753 ff., S. 761.

[32]) Ebd. Bd. 100 (1882) S. 887 ff.

gemäss durch deren Zeitgrenzen 1374—1410 [33]). In der Petrinischen Glosse zu I 51 § 2 „men seget, dat nen kint" heisst es nun: „echte und naturlike kindere sin, dy echte geboren sin". Dazu fügt der Stendaler Glossator den Zusatz: et a parentibus legitimis, secundum m(agdeburgenses [34]).

Es ist nun aber hochinteressant, wie, angeregt durch die Stendaler Glosse, die spätere Vulgata, die Glosse der Zobelschen Drucke sich in etwa wenigstens von den Folgen des Buchschen Missverständnisses wieder befreit. In dem Augsburger Druck von 1516 sagt die lateinische Glosse zum deutschen Texte von I 51: „Echte man noch echt wyff etc.": ‚Nec econverso et fiscus ei succedit ut supra eo. lib. arti. 28 et qui illegittimus non succedit vide in auten. de incest. nupti. § damus'. Nach den Mitteilungen von Steffenhagen a. a. O. Bd. 100 S. 887 ff. ist in jenem Augsburger Druck die lateinische Glosse zum deutschen Text ebenso wie die lateinische Glosse zum lateinischen Text des Sachsenspiegels identisch mit der Stendaler Glosse der Breslauer Handschrift II F. 6 der Königlichen und Universitätsbibliothek (Homeyer, Rechtsbücher Nr. 83). Demgemäss ergibt sich, dass die ebengenannte Glossenstelle der Stendaler Glosse angehört. Steffenhagen a. a. O. Bd. 100 S. 891 A. 1 behauptet nun unter Berufung auf Grupen bei Spangenberg, Beyträge zu den Teutschen Rechten, Halle 1822: „Die späteren Ausgaben (d. h. die dem Augsburger Druck von 1516 nachfolgenden) haben aus dem Augsburger Druck die Breslauer Glossen (d. s. die Glossen der genannten Breslauer Handschrift) zu dem lateinischen Text des Landrechts abgedruckt, lassen aber die übrigen unberücksichtigt". In diesem Punkte irrt Steffenhagen, was festzustellen mit Rücksicht auf den abschliessenden Zweck seines Werkes von Wichtigkeit ist. Zobel bringt in seiner Sachsenspiegelausgabe von 1535 nach dem lateinischen Texte zunächst die hierzu gehörige lateinische Glosse des Augsburger Drucks, darauf den deutschen Text und hiernach eine deutsche Glosse. Letztere ist der Hauptsache nach die Buchsche. Aber in derselben findet sich zu I 51

---

[33]) Ebd. Bd. 100 S. 899—909, Bd. 101 S. 760 f.

[34]) Ebd. Bd. 101 S. 763.

eine hier in Betracht kommende Stelle, welche sowohl in der deutschen Glosse des Augsburger Drucks als in derjenigen des Kölner Drucks von 1480 wie auch in der Glosse der von mir verglichenen Handschriften der Münsterischen Universitätsbibliothek von 1449 und 1405 fehlt und schon hiernach als eine Interpolation erscheint. Es ist der Passus: „Also nun der unehelich Man von Man unn von weybes halben kein erb nimpt. Darumb so nimpt auch widerumb der echte Man ader echte weyb des unechten Mannes erbe nicht, sunder es stirbt erblos und wirt dem Gericht ut sup. eo. lib. articu. 28“. Dieselbe Interpolation findet sich bereits in dem Bocksdorfschen Primärdruck, Basel 1474, woher Zobel sie mit übernommen hat. Unschwer erkennt man darin eine Verarbeitung des ersten Teiles der zuvor mitgeteilten Stelle aus der lateinischen Glosse des Augsburger Druckes bzw. der Stendaler Glosse zum deutschen Texte von I 51. Die ziemlich freie Überarbeitung liegt durchaus in der Bocksdorfschen Art[35]). Die Beeinflussung der Bocksdorfschen Additionen durch die Stendaler Glosse hat Steffenhagen nachgewiesen (vgl. a. a. O. Bd. 110 S. 246). Jeder Zweifel daran, dass es sich hier um eine aus der Stendaler Glosse hergeholte Interpolation handelt, wird aber dadurch beseitigt, dass in der späteren Zobelschen Ausgabe von 1569 der fragliche Sachsenspiegelzusatz in der Glosse folgendermassen erläutert wird: „Kein ehelich Man etc.: Hie soltu wissen, daz gleicherweis als der unehelich des ehelichen erbe nicht nemen mag, also mag hinwider auch nicht der eheliche des unehelichen erb nemen, er were dann geehlichet. Und das ist des schult, das der uneheliche man des ehelichen mannes (vornim der aus unrechter und verbottener ehe geboren ist) erbe nicht nemen mag ut supra eo. art. 28 . . .“ Hierneben steht die Randbemerkung: ‚Hoc intelligitur de eo, qui contrahit incoestas nuptias, is enim non transmittit haereditatem, eo quod omnia bona eius confiscantur ut in auth. incoestas C. de incoestis nupt. et in c. I quae sunt regaliae‘. Das Zitat „auth. incoestas“ etc. ist dasselbe, wie im zweiten Teile der oben S. 366 mitgeteilten Stelle der Stendaler Glosse. Wird

[35]) Vgl. Steffenhagen a. a. O. Bd. 110 S. 246.

hierdurch die genannte Interpolation und ihre Herkunft aus der Stendaler Glosse — was beides Steffenhagen entgangen ist[36]) — zweifelsfrei bewiesen, so ergibt sich weiter aus den letztgenannten Stellen, dass ebenfalls aus der Stendaler Glosse die Anregung stammt, den Ehelichen, der des Unehelichen Erbe nicht nehmen soll, als einen aus inzestuoser Ehe Geborenen anzusehen. Indem die Ausgabe von 1569 dieser Anregung folgt, gelangt sie, wenn auch auf eine höchst künstliche und disharmonische Weise, zur Wiederbeseitigung wenigstens der Wirkungen des Buchschen Missverständnisses. Demgemäss fährt sie im Anschluss an die zuletzt mitgeteilte Stelle fort: ‚secus autem de liberis legitimis, qui ex parentibus illegitime natis aut procreatis sunt generati, nam tales sibi invicem succedunt, ut supra eo. in addi. circa gloss § fi.'. Diese hier zum Schluss in bezug genommene additio steht nach der modernisierten Buchschen Glossenstelle: „Die dritten sein echtloss geboren und mögen wol eheliche weiber nemen, aber den nutz der ehe haben sie nicht, indem sie ir gut nicht auff ire kinder können vorerben, auch sie hinwider ir erb nemen". Die additio hierzu lautet: ‚Ista est reprobata glos. quia contra vim matrimonii et sanctiones legum est, quae volunt, quod ex legitimo matrimonio nati filii parentibus succedant, et ipsis parentes, ut patet in auth. de success. quae ab intest. § 1 cum similibus. Esset quoque contra ius naturale, quod suadet filium patri debere esse haeredem . . . Sed ius naturale per statutum et civilem rationem tolli non potest . . . Tu dic, quod tex. et gloss. hic loquantur de ex illicito coitu procreatis'. Man sieht hier also gleichzeitig schon die Spur einer Richtung, die vermittelst des Naturrechts dem volkstümlichen Rechte zu Hilfe kommt, in diesem Falle freilich nicht gegen eine Vergewaltigung durch das fremde Recht, vielmehr gegen die Unterdrückung durch ein auf fremdrechtliche Schulung zurückzuführendes Missverständnis eines sonst mit Liebe für das heimische Recht erfüllten Glossators[37]).

---

[36]) Vgl. Steffenhagen a. a. O. Bd. 110 S. 239 ff., 248, 249 ff., 296 ff.; Bd. 100 S. 291. Es wäre hiernach auch eine dankenswerte Aufgabe, nach sonstigen Interpolationen dieser Art Umschau zu halten.

[37]) Vgl. Steffenhagen a. a. O. Bd. 100 S. 910.

Wir haben es somit als ganz irrig erkannt, wenn Budde den Satz: ‚Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erve nicht' dahin aufgefasst hat, dass ein unehelich geborener Mann auch von seinen ehelichen Kindern nicht beerbt werde, und wenn er hierfür die Magdeburger Schöffenurteile angeführt hat. Ebensowenig liesse sich die Buddesche Meinung stützen durch Ssp. I 51 § 3: ‚Swelk man von sinen vier anen, dat is von tven eldervaderen unde von tven eldermuderen unde von vader unde muder umbesculden is an sime rechte, den ne kan neman bescelden an siner bord, he ne hebbe sin recht vorwarcht'. Hieraus ist allerdings zu schliessen die Vererbung der Rechtlosigkeit bis ins dritte Glied — eine Vererbung, die übrigens wohl auch schon in § 1 daselbst neben der Standesgleichheit der Rechtlosen mit ihren ehelichen Kindern angedeutet ist in den Worten: ‚en rechtlos man mut wol elik wif nemen unde kindere bi ire gewinnen di ime evenburdig sin'. Hiermit würde sich auch ergeben, dass die Wiederkehr des Ausdrucks „evenburdich sin" in § 1 keineswegs eine Tautologie ist. Vielmehr würde das erste „evenburdich sin" etwas mehr bedeuten als das zweite.

Wenn nun in § 3 zwar von einer Vererbung der Rechtlosigkeit die Rede ist, so doch keineswegs von einer Vererbung der Erbunfähigkeit der infolge unehelicher Geburt Rechtlosen. Eine solche Vererbung ist vielmehr vorher in § 1 ausdrücklich verneint. Im übrigen ist der § 3 wiederum ein Beleg für die dem Spiegler stets gegenwärtigen beiden Kategorien: geborene und gewordene Rechtlose. Bezüglich derselben wird unsere Kenntnis hier sogar dahin bereichert, dass nicht bloss die Rechtlosigkeit kraft Berufsmakels, sondern auch die Rechtlosigkeit kraft Geburtsmakels sowie infolge von Verbrechen bzw. beschimpfenden Strafen sich bis in die dritte Generation vererbt. Denn ‚umbesculden . . . an sime rechte' in § 3 ist ebenso der Gegensatz zu ‚en rechtlos man' in § 1, wie ‚ne kan neman bescelden an siner bord' in § 3 zu ‚die ime evenburdich sin' in § 1. Dieses ist vollends offensichtlich, wenn man in Betracht zieht, dass §§ 1 und 3 erst später durch den Zusatz zu § 1: „Echt man noch echt wif" etc. und durch § 2 als Einschiebsel getrennt sind. Daher

muss auch ‚unbesculden an sime rechte' in § 3 ebenso allgemein gedacht sein, wie ‚en rechtlos man' in § 1 d. h. Bezug haben auf alle Rechtlosen, sowohl die geborenen als die gewordenen. Die Vererbung ihrer Rechtlosigkeit bis ins dritte Glied ist ja auch keineswegs eine Singularität dieser Sachsenspiegelstelle [38]).

Doch ich will hiermit die vielleicht schon allzu weit ausgedehnte Interpretation des hier interessierenden Teiles von Ssp. I 51 beschliessen. Nur das mag noch betont werden, dass diese Stelle und speziell die zweite Ebenbürtigkeitsvoraussetzung „wende si en evenburdich sin" in § 1 allein für sich einen völlig durchschlagenden Beweis für die Unrichtigkeit des Buddeschen Begriffes der Rechtlosigkeit = Standeslosigkeit bildet [39]).

§ 27.

Die Verschiedenartigkeitstheorie Buddes in ihrer Schwäche.

Indem Budde die Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit aus ihren Wirkungen erklärte, dagegen bei der Deutung der Ehrlosigkeit zunächst zu ihren Gründen geführt wurde, gelangte er eigentlich zu einem Resultate, nach welchem man Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit einerseits und Ehrlosigkeit anderseits als durchaus disparate Begriffe ansehen müsste. Da, wie wir sahen, B. auch Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit als artverschieden behandelt, ja sogar zwei ganz verschiedene Arten von Echtlosigkeit annimmt, so scheint er mehr als irgend ein anderer zuvor von der Theorie der Einheitlichkeit der altdeutschen Ehrenminderungen sich entfernt zu haben. Und doch liegt in dem Unterschiede, der zwischen seiner Definition von Echt-

---

[38]) Vgl. Osenbrüggen, a. a. O. (oben § 20 A. 2) S. 129, ferner die Stelle aus Beowulf bei Grimm RA. S. 731. Vgl. auch ein ähnliches Prinzip in Ssp. Lehnr. art. 2 oben S. 337 Nr. 2. Bei Stobbe-Lehmann I S. 403 A. 20 ist ist zitiert eine Stelie aus Cod. dipl. Siles. XI p. 41, nach welcher i. J. 1507 ein Bürger, welcher in Breslau in den Rat gewählt war, trotz der Verwendung des Königs von Böhmen pro honore istius keine Aufnahme fand, weil einmal sein Vater in Russland einen Dieb ergriffen und gehängt hatte. Hier erscheint sogar vererbt eine (Ehr-) Rechtlosigkeit, die man als entsprungen aus bloss gelegentlicher Wahrnehmung der Henkerfunktion betrachtete.

[39]) So auch Renaud, Lehrb. des deutsch. Priv.-Rechts Bd. I 1848, S. 278 A. 1.

losigkeit und Rechtlosigkeit und seiner Bestimmung der Ehrlosigkeit besteht, etwas Wahres, was man sogar als Vertreter der Einheitlichkeit jener Ehrenminderungen anerkennen darf, ja sogar anerkennen muss, wenn man diese Einheitlichkeit ganz verstehen will. Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit ist der durch eine Rechtsherabsetzung herbeigeführte Zustand. Die Rechtsherabsetzung aber ist Ausdruck einer gesetzlichen Achtungs- d. h. Wertungsherabsetzung auf Grund einer angenommenen Wertsminderung [1]). Die Annahme der letzteren beruht wieder auf der Annahme eines von der Allgemeinheit verurteilten Verhaltens. Kann man den in der gesetzlichen Wertungsherabsetzung an sich beruhenden Zustand Ehrlosigkeit im objektiven Sinne nennen, so ist der mit dem verurteilten Verhalten gegebene Zustand verminderten Wertes eine Ehrlosigkeit im subjektiven Sinne, ebenso wie die Wertung, die Achtung der Persönlichkeit Ehre im objektiven Sinne und der zu achtende Wert Ehre im subjektiven Sinne ist. Wenn man nun den Gedankenweg von der Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit über die Ehrlosigkeit im objektiven Sinne zur Ehrlosigkeit im subjektiven Sinne geht, so gelangt man bei einem und demselben Rechtsinstitut immer mehr von aussen nach innen, von Wirkungen zu Gründen. Doch alles dieses kann hier nur angedeutet werden, da einstweilen meine Aufgabe eine andere ist.

§ 28.

Buddes Gleichstellung von Ehrlosigkeit und bösem Leumund.

Die Besprechung der Buddeschen Schrift fortsetzend, habe ich zunächst festzustellen, dass B. den Eichhorn-Marezollschen Begriff des bösen Leumunds (oben S. 256, 260 f.), der ja auch nach Art der infamia facti aufgefasst war, ganz in die Ehrlosigkeit hat aufgehen lassen, wobei er dann natürlich wegen seiner Auffassung von der Ehrlosigkeit (oben S. 333) die von Eichhorn und Marezoll jenem Begriffe zugeschriebene Bedeutung einer bloss partiellen Minderung der Ehre fallen lassen musste. Im Anhang S. 151 sagt B. unter Nr. 4: „Beliumet, in üblem

[1]) Vgl. die Stelle aus dem Kl. Kaiserrecht oben S. 335 A. 9 a. E.

Rufe stehend, insbesondere begangener Verbrechen wegen. Schw. Ldr. (W.) 186, 187 . . . CCC. 162 (Bamb. 188). Daher missetetig und vorlumund. (V. Ssp. IV 9, 9)[1]) oder auch geradezu für ehrlos, wie in CCC. 107 (Bamb. 128), vgl. Walch Glossar. ad CCC. v. verleumt". Bei Erörterung der in den lateinischen Quellen für die fraglichen Begriffe angewandten Bezeichnungen sagt B. weiter S. 164: „Fama heisst Gerücht, Leumund; infamia ist alsdann der üble Leumund von einer unsittlichen und mithin entehrenden Tat, welcher, wenn er begründet ist, den Täter ehrlos macht". Dazu teilt er mit: ‚Treuga Henr. reg. (1224?) § 8: Qui alium clam occiderit, quod mord dicitur, in rota punietur. Si aufugit et fama publica, que vulgo loimunt dicitur, exstiterit etc. . . . § 14 Hii autem qui in infamia que loimunt dicitur laborant, ad expurgationem non nisi in publico iudicio admittentur'[2]). Infamia sei besonders häufig auf die Ehrlosigkeit bezogen (S. 163). „Zuweilen lässt sich infamia geradezu mit schändliche Tat, Verbrechen übersetzen und deutet dann also unmittelbar auf den Anlass und Inhalt des bösen Leumundes. Auch hierfür liefert das vorliegende Gesetz (Treuga Henr.) wieder das schlagendste Beispiel: § 10. ‚Quicunque cultello alium occiderit (vel vulneraverit), infamie que mord dicitur, reus erit'[3]).

„Eine Parallelstelle hierzu enthält die Instruktion, welche Friedrich der Zweite in seinem Landfriedensgesetze v. J. 1235 dem Hofgerichtsschreiber erteilt: er soll neben dem Verzeichnisse der Geächteten noch ein besonderes Buch führen und dabei so verfahren: ‚Item scribet nomina eorum, qui accusantur vel denunciantur tanquam nocivi terrae et infamiam et eorum nomina, quando a suspitione absolvuntur, delebit'[4]). Einzeichnen soll er also die Namen aller, welche als gemeinschädliche Leute bezeichnet werden, und dabei den Grund des üblen Rufes bemerken; wird der Verdacht später gehoben, so sollen die Namen wieder gelöscht werden" (S. 164 f.).

---

[1]) Ortloff a. a. O. S. 199.

[2]) Vgl. jetzt Mon. Germ. 4° Leg. IV tom. II, 1896, p. 400 §§ 9 und 16.

[3]) Vgl. Mon. Germ. cit. § 11.

[4]) Vgl. die Stelle jetzt in Mon. Germ. cit. p 247 § 29 und hier die Lesart infamium statt infamiam.

Man sieht also bei Budde dieselben beiden Bedeutungen des übelen Leumundes wiederkehren, die bereits Marezoll (oben S. 260 f.) ihm zugesprochen hatte, nämlich einmal der in feststehendem verbrecherischen Handeln oder schlechtem Lebenswandel beruhende übele Leumund und anderseits der übele Leumund als blosser Verdacht solchen Tuns. Den letzteren Begriff will Budde sogar schon in der Zeit der Kapitularien vorfinden. „Den Beweis liefert das Cap. Caris. an. 873 c. 3 (Walter III 182)[5]: ‚De illis liberis hominibus qui infames vel clamodici sunt de testeiis vel latrociniis et rapacitatibus et assalturis vel de infidelitate nostra, et cum furto non comprehenduntur, si eis iam vita perdonata est propter aliquod malefactum, fiat de illis, sicut in Cap. avi et patris nostri continetur in libro III cap. XLVII; et si iam de latrocinio revicti sunt, fiat de illis sicut de revictis. Si autem illis adhuc vita perdonata non fuit et revicti non sunt, et res et mancipia vel mobile habent, fiat de illis sicut in quarto libro Cap. c. XXIX dicitur, cum ad mallum comitis venerint‘. Es werden hier unter Bezugnahme auf ältere Gesetze Regeln gegeben über das gerichtliche Verfahren gegen Personen, welche gewisser Verbrechen angeklagt worden sind. Die abgedruckte Stelle bezieht sich auf den Fall, dass die Angeklagten persönlich vor Gericht erscheinen: man soll dann unterscheiden, ob sie bereits früher eines Verbrechens wegen verurteilt worden sind oder nicht, und zwar deshalb, weil die zitierten Gesetze nur im letzteren Falle den Unschuldseid zulassen. Die hier erwähnten infames sind also keineswegs bloss solche, welche wegen früher begangener Verbrechen bereits rechtlos (!) und ehrlos sind, sondern vielmehr alle Angeklagten, auch diejenigen, denen nichts bewiesen worden ist: wir können also wiederum nur an den bösen Leumund denken, welchen der Ankläger zur Kunde des Richters bringt: Das erläuternde Beiwort clamodici bestätigt diese Annahme“ (S. 165 f). Schon vorher hatte Budde auf S. 151 bemerkt, dass das Wort beliumet, verleumt nicht bloss für den Überwiesenen, sondern auch schon für den Angeschuldigten gelte, dazu hatte er mitgeteilt Öffnung von Oberwinterthur (Gr. Wst. I 126): „Item were, das ein belümdet mensch hie, das die sach nit offenbar

[5]) Vgl. jetzt Mon. Germ. Leg. II tom. II, 1897, p. 343.

were und dabei rechts begerte, den soll ein vogt zu rechter handt haben und dryg tag vor gen Kyburg verkünden, unnd kompt niemand von Kyburg nach den dryen tagen, der zu im clagen unnd rechtvertigen wellte, so mag im ein vogt lassen gan unnd niemand darumb nichtzit schuldig sin, wirt er aber beclagt unnd uberwunden der verlümbdung schuldig sin, so soll ein vogt uff stan unnd den stab von im geben unnd die hochen gericht furohin mit im haundlen lassen nach gestallt der sach".

Wirkungen des übelen Leumundes (also auch der Ehrlosigkeit) sollen nach einer Reihe im Anhang S. 150 mitgeteilter Quellenstellen sein: Verlust des Unschuldseides und Versagung der Aufnahme in Gemeinden. In letzterer Hinsicht kommen z. B. in Betracht Weist. v. Hamme, Grimm Weist. II S. 84: ‚Vortme so hait unse here eyn reght zu siner frier kamern inme Hamme, dat dye portin solent offin stayn eyme ykelichme unbesprochin manne dar zu kummene und hin zu infayne zu eyme burger'. „Unbesprochen" bedeute dasselbe wie „eines guten Leumundes".

§ 29.

Weiteres Material für die Einheitlichkeitstheorie bei Budde.

Budde hat, wie ich zeigte, Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, welche letztere er ja allerdings mit dem übelen Leumund identifiziert hat, als durchaus artverschiedene Begriffe behandelt. Wenn man lediglich seine Absicht in Betracht zieht, so will er sich der Theorie der Einheitlichkeit jener Ehrenminderungen am schroffsten gegenüberstellen. Ich habe aber bereits oben im § 27 ausgeführt, wie ihm dieses tatsächlich, wennschon unbewusst, in das Gegenteil umschlägt. Anderseits ist der Anhang, den er seinem Werke beigibt (S. 131—166) ein Beweis dafür, dass ihm die Verlegenheit, die Verschiedenartigkeit der fraglichen Ehrenminderungen völlig durchzuführen, sogar einigermassen zum Bewusstsein gekommen ist. Jedenfalls bietet derselbe, auch abgesehen von der Gleichstellung von Ehrlosigkeit und bösem Leumund, einen schätzbaren Beitrag zu dem Material, mit welchem sich die Einheitlichkeitstheorie stützen lässt.

Hierher soll noch nicht einmal gerechnet werden, dass Budde, ähnlich wie Phillips (vgl. oben S. 279) und Maurenbrecher (vgl. oben S. 283), zugibt, in der Echtlosigkeit strengsten Grades liege sowohl die Rechtlosigkeit als die Ehrlosigkeit (S. 158, 139, 138), und die Rechtlosigkeit umfasse einigermassen die Ehrlosigkeit (arg. 137; vgl. im übrigen S. 103). Dementsprechend findet sich B. auch noch mit dem Vorkommen einer Verbundenheit aller drei Begriffe oder der beiden Begriffe „echtlos und rechtlos“ bzw. „rechtlos und ehrlos“ ab. „Sämtliche Ausdrücke nebeneinander begegnen zur Bezeichnung des höchsten Grades der Echtlosigkeit und der darin zugleich liegenden Recht- und Ehrlosigkeit“, sei es in lateinischer Übersetzung, so in einer Stelle der Const. Fried. I. contra incend. . . .: ‚universo iure et honore et legalitate sua privatus‘ (vgl. oben S. 294, Budde S. 158), sei es deutsch, z. B. Glosse zu Ssp. III 17, wo es vom Oberächter heisse: „Dadurch verurtheilt man ihm leib und gut, ehre, echt und recht“. Durch die Formel „echtlos und rechtlos“ werde ebenfalls häufig die strenge Echtlosigkeit, die Entziehung aller Rechtsfähigkeit bezeichnet [1]). Schon unbequemer ist für Budde die Verbindung „ehrlos und rechtlos“. Soweit allerdings seiner Ansicht nach die Rechtlosigkeit die Ehrlosigkeit mit umfasst — B. erörtert S. 137 die Rechtlosigkeit überführter Verbrecher —, ist die Formel sofort erklärt. Anders wenn ein Schuldner „für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfülle, sich selbst für ehrlos und rechtlos erklärt“ oder wenn in dem Landfriedensgesetze vom Jahre 1235 „erenlos und rechtlos“ sechsmal „zur Bezeichnung des höchsten Grades der Echtlosigkeit“ begegnet (oben S. 298). Im ersten Falle hält B. neben der vertragsmässigen Ehrlosigkeit eine ebenso begründete Rechtlosigkeit = Standeslosigkeit für sehr bedenklich und erklärt darum das „rechtlos“ hier als gerichtslos. „Der Schuldner . . . . verstattet also seinem Gläubiger, ohne Mitwirkung des Richters sich selbst Recht zu verschaffen . . .“, ähnlich wie mit der Pfändungsklausel „ohne Recht“ (S. 138). Im zweiten Falle sucht B. sich dadurch zu helfen, dass er für erenlos, durch die Lesarten einiger Handschriften unterstützt, elos = echtlos setzt (S. 139; vgl. oben S. 299).

[1]) S. 140. Eine Reihe von Stellen vgl. S. 141.

Immerhin zählt dieser letzte Fall bereits zu dem erwähnten Beitrag, den Budde, freilich ohne es zu wollen, zur Begründung der Theorie der Einheitlichkeit der fraglichen Ehrenminderungen beisteuert. Hierhin gehört es eben namentlich, wenn er eine Fülle von Stellen mitteilt, die ergeben, dass die drei Bezeichnungen echtlos, rechtlos, ehrlos und noch eine ganze Reihe sonstiger Ausdrücke wechselseitig für einander gebraucht werden.

Hat der zuletzt erörterte Fall gezeigt, dass für echtlos auch erenlos und rechtlos steht, so bringt B. ferner Stellen, in welchen unecht oder unehelich (= echtlos), das im Ssp. I 38, 3 und I 51 § 1 „den Zustand der Oberächter" ausdrückt [2]), alle diejenigen bezeichnet, die sonst rechtlos genannt werden [3]), oder in denen friedlos, das „ein sehr üblicher Ausdruck für den höchsten Grad der Echtlosigkeit" im Buddeschen Sinne ist, sich auf die blosse Verfestung oder Acht bezieht [4]), welche sonst auch durch Rechtlosigkeit wiedergegeben wird. Charakteristisch ist ja die auch von Budde (S. 134) mitgeteilte Stelle aus I 14 § 1 der Magdeburger Fragen: „Andere lute heissen ouch rechtlos, das ist fredeloz, als der yn eyme gerichte vorfestent ist, der ist do rechteloz" [5]) [6]). Im rigischen Ritterrecht c. 37 bezeichnet fredelos sogar zunächst den Zustand der Acht und unmittelbar darauf den der Oberacht: „We fredelos wert gelecht vor dem oversten richter unde darinnen ys jar unde dach, unde sik nicht daruth thüt by synen eden sulf sovende, de blivet fredeloss in allen rechten" (S. 156). Auf S. 142 nennt Budde Stellen, in denen „mit der Formel echt und recht . . . auf Prozesse über die Rechtlosigkeit hingewiesen werden solle" [7]). Auch der gewöhnliche lateinische Ausdruck für echtlos, nämlich exlex, bezeichne häufig jemanden, der

[2]) Vgl. Budde S. 152. Wenn B. hier meint, dass es I 51 § 1 den Mangel der Familienrechte bezeichne, so ist dies irrig; vgl. oben S. 346.

[3]) Ssp. III 45 § 11; Ssp. Lehnr. 61 § 1.

[4]) Vgl. Verm. Ssp. I 46, 6 Ortloff, Rechtsb. n. Dist. S. 82 und viele andere Stellen bei Budde S. 155 f.

[5]) Vgl. oben S. 361.

[6]) Budde erklärt hier rechtlos = gerichtlos. Dass es in dieser Bedeutung sonst vorkommt, belegt er durch einige Stellen S. 135 f.

[7]) Ssp. III 28 § 1; c. 31 § 11 der Freiberger Statute bei Schott III 254.

sonst rechtlos genannt werde, so in der uns schon bekannten Stelle der Goslarer Statuten (Göschen S. 114 Z. 3): ‚Quodsi falsarius manum redemerit etc.' (oben S. 242). Ebenso (bei Halthaus v. rechtlos) Dipl. de iur. fam. eccl. Bamberg: ‚Si homo episcopi fur esse publicatus fuerit, XI talentis bis redimi potest et exlex erit' (S. 160 f.). Hierher gehöre auch die Stelle aus Leg. Burch. Wormat. c. 32: ‚legem sibi innatam propter furtum perditam habere' (oben S. 321).

Umgekehrt steht rechtlos auch für echtlos bzw. friedlos. Budde teilt aus den Magdeburger Fragen I 14 Dist. 1 den Passus mit: ‚Etzliche lute sint rechtelos, das ist fredeloz unde erloz unde gutlosz' etc. (vgl. oben S. 361 f., Budde S. 137). Die lateinische Übersetzung von echt ist lex, von recht: ius. In einer bei Budde S. 161 zitierten Urkunde König Ruprechts v. J. 1401 heissen die für echtlos erklärten Aufwiegler gegen Kaiser und Reich: ‚extra ius, ut moris est, sententialiter constituti et depositi'.

Davon, dass Budde auch ein Vorkommen der Formel erenlos und rechtlos für echtlos erwähnt, ist schon die Rede gewesen [8]).

Mittelbar ergibt sich eine Gleichstellung von Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit daraus, dass infamia, welches die gangbarste lateinische Bezeichnung für Ehrlosigkeit ist [9]), auch die Rechtlosigkeit bedeutet. Budde führt an L. Sal. em. 14, 16 [10]): ‚Si quis sororis aut fratris filiam aut certe alterius gradus consobrinam aut fratris uxorem aut avunculi sceleratis nuptiis sibi iunxerit, huic poenae subiaceat, ut a tali consortio separetur. Atque etiam si filios habuerint, non habeantur legitimi heredes, sed infamia sint notati' und Fragm. Kap. IV (Walter III 278) [11]): ‚Hoc sancimus, ut in palatiis nostris ad accusandum et iudicandum et testimonium faciendum non se exhibeant viles personae et infames, histriones scilicet, nugatores, manzeres, scurrae, concubinarii, neque ex turpium feminarum commixtione progeniti, aut servi aut criminosi.

[8]) Oben S. 375, 298 f.

[9]) Budde S. 163 ff., oben S. 372.

[10]) Vgl. Geffcken, Lex Salica XIII § II.

[11]) Vgl. jetzt Mon. Germ. 4° Leg. II 1 p. 334 und hier die Erläuterung nach Ben. Lev. II 49: ‚manzer hoc est de scorta natus'.

Frequenter enim homines huiusmodi ex suspicione conversationis pravae et naturae, ut inferiores non videantur, quod placet asserere nituntur contra digniores'. „Unter der Benennung infames werden hier Schauspieler, Gaukler aller Art, unehelich Geborene und Verbrecher aufgeführt, Personen, die wir bereits als rechtlose kennen" (S. 162 f.).

In den Handschriften der Rechtsbücher werden, wie Budde S. 132 f. belegt, alle drei Ausdrücke echtlos, rechtlos und ehrlos miteinander vertauscht. Budde stellt dieses als eine Verwirrung hin. Wo aber ist der Beweis hierfür? Sollte sich hier nicht vielmehr eben wiederum die Einheitlichkeit jener Ehrenminderungen kundgeben?

Ist dieses richtig, so hat Budde weiter selbst das Material gesammelt, auf welches man die Behauptung gründen kann, dass für diesen einheitlichen Begriff der Ehrenminderung noch mancherlei andere Ausdrücke gebraucht wurden. Er zeigt, wie auf die Rechtlosigkeit sich bezieht: rechtes darben, besculden an sime rechte, bescelden an sime rechte, rechtlos bescelden an siner bord, beschelten an seiner geburt und an seinem ammecht, von seinen rechten verwerfen, sin recht verliesen[12]), sin recht verwirken[13]). Diese Ausdrücke rechnet B. noch zu den „eigentlich technischen Bezeichnungen" der Rechtlosigkeit (S. 147). Als Ausdrücke hierfür von angeblich „unbestimmterer Geltung" nennt er namentlich: anrüchtig, berüchtigt und schaltbar. Dass diese Worte termini für rechtlos sind, belegt er durch eine Reihe von Stellen, z. B. Pölmans Distinkt. IV 14, 14: „Anrüchtige leute . . . die sint alle rechtlos"; Gl. zu Ssp. I 39: „Hievor in dem nechsten Artikel (I 38) hat er von anrüchtigen und bescholtenen leuten gesagt . . . kempfer sind solche leut, die geldes halben streiten, dadurch sie denn schaltbar und anrüchtig werden". Budde teilt auch eine Rezension von Ssp. Lehnr. art. 23 § 3 mit, wo anrüchtig offenbar gleichbedeutend nicht nur mit bescholten, sondern auch mit beleumet steht: „Der herr soll seinen mannen alzeit und in allen steten

[12]) Letztere Verbindung hat freilich häufig eine andere Bedeutung. Namentlich bezeichnet sie auch den Verlust eines Anspruchs, vgl. Budde S. 144 f. Eine weitere von Budde hier erwähnte Bedeutung vgl. in Schwsp. (W.) c. 104.

[13]) Vgl. über diese Ausdrücke Budde S. 142—145.

gut leihen, das man allein mit rechte an in begert. Denn allein in kirchen und kirchhöfen und in allen steten die bescholten, beleumet und anrüchtig sind" (vgl. Budde 147—149 [14]).

Als technische Bezeichnungen für das Gegenteil der Rechtlosigkeit führt B. ausser volkomen an sime rechte, unbesculden oder unbesprochen oder unversprochen an sinem rechte auch unvorleghet sines rechtes und sin recht behalten haben auf (S. 145—147). Budde sagt weiter: „Unversprochen oder unbesprochen ohne den Beisatz an sime rechte ist ein überaus häufig vorkommendes Prädikat für klassische Zeugen . . . (es folgen zahleiche Zitate . . .). Eine unmittelbare Hindeutung auf die Rechtlosigkeit liegt darin nicht, vielmehr bezieht sich dieser unbestimmtere Ausdruck auf den guten Ruf im allgemeinen: daher die Zusammenstellung unversprochen und eynes guten lumundes" (S. 149 f.). Ganz offenbar irrt Budde hier; „unversprochen" ist sicher nichts anderes als „unversprochen an sinem rechte". Und die Redensart „unversprochen und eynes guten lumundes" ist nach Buddes eigener Annahme (vgl. S. 150 f.) tautologisch, wie wir vorhin bescholten, beleumet und anrüchtig als tautologisch gebraucht kennen gelernt haben. Alle diese Ausdrücke sind gleich rechtlos, wie alle auch gleich ehrlos sind, bzw. sie bedeuten das Gegenteil von rechtlos (ehrlos). Dass Budde zur Gleichstellung von Ehrlosigkeit und schlechtem Leumund sich gezwungen sah, habe ich ja schon früher gezeigt (oben S. 371 ff.). Überall sieht man also die Einheitlichkeit der mittelalterlichen Ehrenminderungen hervorbrechen [15]).

Alles in allem ist der gesamte „Anhang" der Buddeschen Schrift, der freilich nur ein rohes Material enthält und erst durch die im vorigen vorgenommene Verarbeitung nutzbar gemacht werden musste, der höchste Ausdruck der Ver-

[14]) Nach Homeyer Ssp. II 1 (1842) S. 184 lautet hier die Lesart einer Handschrift: „und in leythusirn und in housirn der unkuschheit und in allen steten, die sein besprochen und schalbar".

[15]) Der Vollständigkeit halber ist noch zu sagen, dass Budde als das Gegenteil des angeblich „unbestimmten" anrüchtig und darum als ebenso „unbestimmt" erwähnt den Ausdruck unberüchtigt (S. 149) und wohl als gleichbedeutend unberopen (S. 151).

legenheit, wie angesichts der Masse von Zeugnissen für die Einheitlichkeit der Ehrenminderungen die Behauptung ihrer Verschiedenartigkeit aufrecht erhalten werden kann. Budde sucht sich dadurch zu helfen, dass er ähnlich wie früher Marezoll (oben S. 257 f.)[16]) in einigermassen willkürlicher Weise nur den Bezeichnungen echtlos, rechtlos und ehrlos sowie den mit rechtlos durch die Verbindung mit recht verwandten Bezeichnungen (oben S. 378) technische Bedeutung vindiziert, während er den übrigen nur eine „unbestimmtere" Geltung zuspricht (S. 147 ff.). Aber auch von jenen gesteht er, dass nur der Verfasser des Sachsenspiegels sie im technischen Sinne (d. h. also auch mit Unterscheidung der einzelnen dadurch ausgedrückten verschiedenartigen Begriffe) angewandt habe. „Gleichzeitige Juristen waren minder sorgsam, und in den Gerichten konnte man sich an einen festen Sprachgebrauch überall noch nicht gewöhnen" (S. 133). Ganz abgesehen davon, dass der Sachsenspiegel allein für sich das deutsche Recht des M. A. noch nicht darstellt, ist es auch nicht richtig, dass er jene drei Ausdrücke technisch für drei verschiedenartige Begriffe gebraucht. Dieses auszuführen ist hier nicht der Ort. Auf eines will ich nur hinweisen, weil es mit schon oben angestellten Untersuchungen in Beziehung steht. Nämlich in Ssp. I 38 § 3 ist die Rede vom unechten Mann. In I 51 wird dieser echtlos genannt[17]) und in III 45 § 11 bezieht sich unechte lude auf sämtliche Rechtlose. Das ist natürlich für die Theorie der Verschiedenartigkeit der Ehrenminderungen unbequem. Darum stellt Budde das Wort unecht unter die Bezeichnungen von „unbestimmterer Geltung".

Hätte Budde das Material, das in seinem „Anhang" steckt, unbefangen gewürdigt, so wäre er wohl, wie einst Huth, ein Verkünder der Einheitlichkeitstheorie geworden. Aber kontagiös infiziert durch die herrschende Meinung, konnte er sich von der Verschiedenartigkeitstheorie nicht freimachen.

---

[16]) Budde bringt im Anhang S. 131 ff. nur eine weitere Ausführung der oben S. 257 A. 2 und S. 258 nach A. 3 mitgeteilten Sätze Marezolls. In derselben tauchen sogar mehrfach die eigentümlichen Ausdrücke Marezolls auf. Die Nichterwähnung von Marezolls Namen ist ein gröbliches Unterlassen.

[17]) Vgl. oben S. 346.

Aber wenn Budde auch noch so sehr in einer Selbsttäuschung befangen war, wenn auch das Wenigste von seinen Resultaten haltbar ist, wenn er auch in Ansehung der Rechtlosigkeit nicht objektiv genug geforscht und im übrigen sich nicht hoch genug über das Niveau einer kompilatorischen Tätigkeit hinausgeschwungen hat, wenn er sich auch keineswegs als Beherrscher des Stoffes und Meister der Darstellung gezeigt hat[18]), vergeblich hat er dennoch nicht geschrieben[19]). Ganz abgesehen davon, dass die Erkenntnis seiner Irrgänge auch positiv fördert, hat er auch eine Fülle von Material für die Lösung des Problems zusammengetragen und, was nicht minder zu schätzen ist, gibt die Lektüre seines Werkes, welches jedenfalls die umfassendste, mit dem grössten Fleisse und erheblichen Mitteln unternommene Bearbeitung des Problems darstellt, eine Reihe dankenswertester Anregungen, die nicht lediglich auf den Bereich dieser Rechtsfrage beschränkt bleiben. Anderseits trifft man auch heute noch Männer mit Namen von bestem Klang als Gäste in Buddes Lehrgebäude an[20]). Schon deshalb, war es geboten, dieses Stein für Stein kritisch abzutragen[21]).

[18]) Wie Gerber in der oben S. 303 A. 4 zitierten Rezension S. 699 und Unger in den Göttingischen gelehrten Anzeigen 1843 S. 830 Budde Klarheit der Darstellung nachrühmen konnten, ist mir nicht verständlich. Vgl. oben S. 305 A. 6, 318, 338 f.

[19]) Schon Gerber a. a. O. S. 699 hat zwar den Versuch Buddes, die Rechtlosigkeit neu zu begründen, als misslungen hingestellt, seinem Werke aber doch bleibenden Wert zugesprochen.

[20]) Vgl. den II. Teil d. Dogmengesch.

[21]) Ausser den beiden bedeutsamen Rezensionen, die Gerber und Unger über die Schrift Buddes lieferten und von denen die Ungersche im zweiten Teile dieser Dogmengeschichte Gegenstand einer näheren Erörterung sein wird, mag noch erwähnt werden die Rezension Häberlins in der Allgemeinen Literaturzeitung 1843 Nr. 92, 93 S. 729—733, 739—744, welche bei völliger Versagung der Kritik das Werk weit über die Gebühr lobt, sowie die Rezension von Michelsen in der Neuen Jenaischen Allgemeinen Literaturzeitung 1843 Nr. 39 S. 157—159, die ich nur als töricht bezeichnen kann. Vgl. die Auszüge aus diesen Rezensionen in den Krit. Jahrb. f. deutsch. Rechtswissensch. Bd. 21, Leipzig 1847, S. 179 ff.

§ 30.

Schluss des I. Teiles der Dogmengeschichte.

Während bisher die Entwickelung der Meinungen über die mittelalterlichen Ehrenminderungen im wesentlichen eine zeitlich geradlinige, eine einfach in zeitliche Abschnitte zu gliedernde war, beginnt nunmehr ein Neben- und Durcheinander von Ansichten, ein Sichverzweigen nach den verschiedensten Richtungen hin, so dass eine reine Periodeneinteilung nicht mehr angängig ist, vielmehr eine Kennzeichnung der verschiedenen über die Zeit hinweg und oft intermittierend sich zusammenfindenden Literaturgruppen nach ihren hauptsächlichsten Merkmalen erforderlich wird. Damit rechtfertigt es sich, die Dogmengeschiche in zwei Teile zu zerlegen und den ersten hier abzuschliessen. Den zweiten werde ich demnächst in selbständiger Form erscheinen lassen. Ohnehin verbot es sich, meine Arbeit an diesem Orte weiter auszudehnen. Für manchen mag sie schon jetzt hier allzuviel Raum einnehmen. Möge es mir nicht als Unbescheidenheit ausgelegt werden. Zunächst als kleiner Aufsatz gedacht, wuchs mir die Abhandlung unter den Händen, je mehr die in der Literatur des Problems herrschende Wirrnis das Bedürfnis erschöpfender kritischer Darstellung aufdrängte und je weniger ich mit der Antwort, welche die Quellen auf Begleitfragen gaben, zurückzuhalten vermochte. Dem Manne, dem diese Festschrift gewidmet ist, hätte ich gern die vollendete Dogmengeschichte als Ehrengabe geboten. Möge er schon den ersten Teil freundlich entgegennehmen als ein Zeichen der Verehrung und Dankbarkeit.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schl.

Festgabe

für

Felix Dahn

zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum

gewidmet von

gegenwärtigen und früheren Angehörigen
der Breslauer juristischen Fakultät

II. Teil

Römische Rechtsgeschichte

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1905

Inhalt

Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia

von

Feodor Kleineidam

Einleitung.

§ 1.

Die gesetzliche Personalexekution der Zwölftafeln[1]) war bereits in ihrem ureigenen Gefüge von einer Norm durchsetzt geeignet, den tatsächlichen Auslauf der Exekution abweichend von dem gesetzlichen zu gestalten. Es ist dies das bekannte ius paciscendi[2]) zwischen Gläubiger und Schuldner, welches den verschiedensten Inhalt in sich aufnehmen konnte. Insbesondere war es durchaus geeignet, den Mangel jeder primären oder sekundären Realexekution[3]) zu ersetzen. Vor allem häufig aber war die auch bei gänzlicher Vermögenslosigkeit des Schuldners noch anwendbare Vereinbarung des nexum, der schrankenlosen[4]) Schuldsklaverei[5]). Ja es mochte die Anwendung der grausamen und materiell unergiebigen, also nutzlosen gesetzlichen Endfolgen praktisch gegen das nexum so zurücktreten, daß letzteres schließlich

[1]) Vgl. meine Darstellung in Personalexekution der Zwölftafeln S. 218 ff. 56 ff. u. a.

[2]) Gellius noct. attic. XX, 1, 46.

[3]) Vgl. meine Personalexekution S. 258 ff. Wie auch noch in späterer Zeit dieses pacisci die fehlende Einzel realexekution ersetzte, vgl. Cicero pro Flacco § 49, dazu meine Schrift S. 125. Dieser Ersatz der Realexekution dürfte übrigens manche Andeutungen realer Haftung in früherer Zeit erklären. Das wäre in meiner Schrift S. 258 ff. nachzutragen. Eine gleiche Stelle ist auch pro Fl. § 50.

[4]) Vgl. Horten: Personalexekution in Geschichte und Dogma Bd. II S. 26 ff.

[5]) Vgl. Varro d. l. l. VII, 105: liber, qui operas suas in servitutem .... dabat .... nexus vocatur. Über den Gegensatz zu dem späteren bloßen servire vgl. unten § 5. Auf diese Möglichkeit des Ersatzes der gesetzlichen Folgen durch Vereinbarung spielt wohl auch die vielgeschmähte Äußerung von Gellius noct. attic. XX, 1, 51 an und ist dann nicht trivial.

auch ohne besondere Vereinbarung an die Stelle des capite poenas dare aut peregre trans Tiberim venum ire trat[6]).

So lag die Sache, als um 300 vor Christus herum[7]) eine gesetzliche Abänderung der bisherigen Personalexekution vorgenommen wurde. Diese Abänderung ist unter dem Namen der lex Poetelia oder auch lex Poetelia Papiria[8]) bekannt, in ihrer Bedeutung aber durchaus bestritten. Es soll nun die Aufgabe der nachfolgenden Zeilen sein, zu deren Klarstellung etwas beizutragen. Wir wollen uns aber dabei beschränken auf das Verhältnis der lex Poetelia zur Personalexekution und die andere Seite das Verhältnis zur Realexekution[9]), so viel als möglich zur Seite lassen, um diesen Beitrag nicht übermäßig anschwellen zu lassen.

Auch in Beziehung auf das erstgenannte Verhältnis besteht manche Streitfrage, insbesondere die, ob die lex Poetelia die Personalexekution gänzlich abgeschafft hat oder nicht[10]). Es herrscht nämlich eine ziemliche Unklarheit in den Quellen. Allerdings hat man sich meist leicht über diesen Mangel hinweggesetzt und ohne weiteres zugunsten der zweiten Alternative entschieden. Es erscheint aber doch der Mühe wert, diese Ansicht einmal einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen. Denn

---

[6]) Vgl. Jhering, Geist 1, S. 130, Puchta: Inst. Bd. I, S. 555, meine Personalexekution S. 67 u. a. Von Stellen entspricht Tertullian Apolog. c. IV: consensu tamen publico crudelitas erasa et poena capitis conversa est; ferner auch Quint. inst. III, 6, 84: mos publicus repudiavit.

[7]) Das Alter ist bekanntlich streitig, vgl. zumal Huschke nexum S. 129 ff. Livius nennt als Rogatoren die Konsuln des Jahres 429 der Stadt, C. Poetelius und L. Papirius; Varro dagegen den Diktator des Jahres 440 der Stadt, C. Poetelius, in einer allerdings verderbten Wendung. Vgl. auch Heusde de lege Poetelia Papiria p. 113 sqq., welcher allerdings auf ein besonderes Gesetz unter Sulla kommt, dessen Rogator ein quaestor urbanus gewesen sei! Dazu Huschke a. a. O.

[8]) Je nachdem man Livius oder Varro mehr glaubt. Die Franzosen insbesondere neigen mehr zur Doppelbenennung, vgl. von Lehrbüchern z. B. Girard, Manuel elémentaire 2. ed. S. 960.

[9]) Vgl. das bona non corpus obnoxium esset und die unten zitierten Pönulusstellen einer- und die Cicerostelle pro Flacco c. 20 — dazu oben Anm. 3 — andererseits. Einen Einfluß leugnet z. B. ganz Bachofen: Das nexum S. 141 ff.

[10]) Vgl. über die Streitfrage und Ansichten z. B. Bachofen: das nexum, die nexi und die lex Petillia S. 122 ff., sowie die weiter unten Zitierten.

der Gegensatz in den einzelnen Quellenstellen ist wirklich zu auffallend, um leichten Herzens übergangen zu werden. Man lese nur die unmittelbaren ausdrücklichen Nachrichten über unsere lex, welche bekunden:

Livius VIII, 28: pecuniae creditae bona non corpus obnoxium [11]) esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur [12]).

Dionysius Halic. XVI, 9.: . . ἅπαντες οἱ δουλωθέντες πρὸς τὰ χρέα νόμῳ κυρωθέντι τὴν ἀρχαίαν ἐλευθερίαν ἐκομίσαντο.

Varro d. l. l. VII, 105: Hoc (sc. operas pro pecunia, quam debemus, in servitutem dare [13]) sublatum, ne fieret. . . .

Cicero de re publ. II, 34: omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum.

Damit vergleiche man dann die vielen Stellen, aus denen das Vorhandensein einer Personalexekution und Personalhaft in späterer Zeit unzweideutig hervorgeht. Aus der Fülle [14]) dieser Stellen will ich bloß anführen:

Plautus Poenulus v. 185:

Neque id unde efficiat habet. ubi in ius venerit,
Addicet praetor familiam totam tibi.

in Verbindung einerseits mit v. 563:

. . . leno addicetur tibi.

sowie v. 1324:

. . . ne addicar Agorastocli.

und andererseits mit v. 168:

Totum lenonem tibi cum tota familia
Dabo hodie dono.

---

[11]) Vgl. zu diesem Wortlaut die Mittelmeinung im Senat unmittelbar nach Vertreibung der Könige, wo nach Dion. Hal. V, 69:

Οἱ μὲν γὰρ αὐτοὺς μόνον ἀφεῖσθαι τῶν χρεῶν τοὺς μηδὲν κεκτημένους ἠξίουν τὰ χρήματα ποιοῦντες ἀγώγιμα τοῖς δανεισταῖς οὐ τὰ σώματα.

Dieser Wortlaut, der zweifellos die personale Haft ganz beseitigen will, klingt doch auffällig an Liv. VIII, 28 an.

[12]) Vgl. auch Valer. Max 6, 1, 11; Tertullian Apologet. c. IV; Quintilian decl. III p. 73 (ed. Burm.); inst. 3, 6, 84.

[13]) Vgl. meine Personalexekution S. 100 f. nach dem Vorgang der meisten Sprachforscher.

[14]) Vgl. die Aufzählung bei Keller, Civilprozeß Anm. 1028; Heusde de lege Poetelia Papiria S. 97 ff. Siehe ferner auch Costa, il diritto privato Romano nelle comedie di Plauto S. 439 ff.

Livius XXIII, 14: .... quique pecuniae iudicati in vinculis essent.

Terentius, Phormio v. 334:

ducent damnatum domum.

Cicero, de oratore II, 63:

apud Novium[15]) . . . iudicatum duci videns . . . Quanti addictus?

Cicero pro Flacco c. 20:

Cum iudicatum non faceret, addictus Hermippo et ab eo ductus est.

Lex Rubria c. 21 f.: . . . tantae pecuniae[16]) . . . duci iubeto. . . . duci iubeto . . . ducique eum iubeat.

Das edictum praetoris mit seinem Titel: Qui nisi sequantur ducantur und den folgenden[17]).

---

[15]) Ein eigentümliches Mißgeschick hat mich in meiner Personalexekution S. 214 dazu geführt, den von Bekker Sav. Z. Bd. 14 S. 98 vorgemachten Druckfehler dieses Namens in Nonius nachzumachen. Andererseits ist dieser Schriftsteller von mir auch durch Versehen ins dritte Jahrhundert vor Chr. datiert. Glücklicherweise ist dieses Versehen für die dortigen Ausführungen materiell belanglos, weil jedenfalls der mitzitierte Plautus vor die lex Aebutia fällt.

Übrigens sei bei dieser Gelegenheit mir noch gestattet, zu meiner Auslegung des partis secanto in dem Sinne, daß es sich um eine Scheidung der Gläubiger in Gruppen handelt, noch einige Stellen mit ähnlicher Bedeutung des secare nachzutragen. Forcellini zitiert unter secare = dividere, partiri Cicero orator 2 c. 27 cum causas in plura genera secuerunt und gar Boëthius de musica 4, 18: totam tribus partibus seco. Dazu käme noch ein direktes in partes secare in Varro d. l. l.: VIII § 44, wenn die alte Lesart richtig wäre. In allen diesen Fällen ist von einem wirklichen körperlichen Schneiden nicht die Rede. Ob nicht auch der Ausdruck secta = Partei eher mit secare als sequi zusammenhängt?

Für die Notwendigkeit der addictio spricht auch noch Varro d. l. l. VII, 30, vgl. auch Wlassak in Sav. Z. 25, 81 ff. Welches andere der tria verba solemnia hätte gepaßt?

Zu dem iudicatus sive damnatus in Gaius inst. IV, 21, vgl. auch die sententia Minuciorum v. 43 (iudicati aut damnati) und die sog. lex Thoria 39 Bruns fontes I, S. 82: iudicatus erit dare oportere). Auch Wlassak a. a. O.

[16]) Dieser Genitiv tantae pecuniae ist übrigens die schönste Parallele zu dem Genetiv aeris confessi in der tab. III.

[17]) Vgl. Lenel, edictum S. 325.

Lex colon. Gen. Jul. c. 61:

.... iudicati iure manusiniectio esto .... secum ducito iure civili[16]) vinctum habeto.

Gellius, noct. attic. XX, 1, 51: addici namque nunc et vinciri multos videmus.

Schließlich aber schenke man noch Aufmerksamkeit auch den folgenden Stellen:

Sallustius, Catilina c. 33: neque cuiquam nostrum licuit, more maiorum lege uti neque amisso patrimonio liberum corpus habere, tanta saevitia feneratorum atque praetoris fuit: libertatem petimus, quam nemo bonus nisi cum anima simul amittit .... legis praesidium, quod iniquitas praetoris eripuit restituatis. Und von Quintilian:

instit. VII, 3 § 26 ... addictus, quem lex servire donec solverit iubet .... addictus legem habet.

declam. 311 .... addictus donec pecuniam solverit serviat .... lex dicit: addichtus donec solverit serviat, ut opinor, non servus sit .... in lege est, quae addictos servire iussit donec solverent ... quae prudentissimi maiores constituerint.

Bei welchen Annahmen klingen diese Nachrichten harmonisch zusammen?

§ 2.

Livius und Varro im allgemeinen.

Wir müssen zunächst versuchen klar zu werden über die ausdrücklich von unserer lex zu berichtenden Stellen, hauptsächlich Livius VIII, 28 und Varro d. l. l. VII, 105. Wir müssen also insbesondere diese beiden letzteren, welche zum Teil bereits oben angeführt sind, näher ins Auge fassen. Die Liviusstelle geht

[16]) Die neuerdings von Ehrlich, Theorie der Rechtsqu. S. 71, behauptete Bedeutung, „der Schuldner sei in prozessualer) Privathaft zu halten", halte ich für gekünstelt. Der bloße Ablativ bedeutet doch oft — trotz Ehrlich Recht und Prätor S. 15 f. — gemäß, so z. B. in der lex municip. Mallacit., wo die Ausdrücke hac lege, ex hac lege, per hanc legem, neque adversus hanc legem wahllos wechseln. Nebenbei, die von Ehrlich Theorie S. 106 vermißte Gegenüberstellung von ius praetorium gegen leges in älterer Zeit findet sich bereits in der von Ehrlich anscheinend übersehenen, von Wlassak Krit. Studien S. 6 bereits zitierten Stelle, Cic. de off. I c. 10 § 33.

aus von der Erzählung des bekannten unsittlichen Attentats eines Gläubigers auf seinen jugendschönen nexus, dessen Flucht und Volksaufwiegelung, berichtet dann, mit dem Satz: victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei einleitend, als Ergebnis der einberufenen Senatsversammlung:

iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona non corpus obnoxium esset und schließt ab mit den Worten:

ita nexi soluti cautumque in posterum ne necterentur.

Die Varrostelle dagegen gibt zunächst verschiedene Definitionen des Wortes nexum, geht dann zu der Erklärung des nexus als einen liber, qui operas suas in servitutem pro pecuniam, quam debebat, dabat[1]) dum solveret über und fügt in einer, zwar verderbten aber wohl sicheren Bezugnahme auf die lex Poetelia[2]) zu:

hoc .... sublatum, ne fieret, et omnes, qui bonam copiam iurarent, ne essent nexi dissoluti.

Daraus hat Huschke[3]) unter Beifall und teilweise auch Vorgang anderer dem Gesetz 4 Kapitel zugeschrieben:

1. Ne quis nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret ,in compedibus aut in nervo teneretur;
2. Pecuniae creditae bona non corpus obnoxium esset;
3. Ne quis posthac ob aes alienum necteretur;
4. Ut omnes, qui bonam copiam iurarent, ne essent nexi solverentur.

Dabei bezieht Huschke die ersten beiden Kapitel auf die iudicati und nur soweit auch auf die nexi[4]) als „Dergleichen zeit-

[1]) Vgl. Spengel in seiner Ausgabe und dort Zitierte.

[2]) Darüber vgl. O. Müller, Lachmann und die Bemerkungen bei Spengel a. a. O. Huschke nexum S. 131. Bachofen a. a. O. S. 111 zitiert die Vorgänger Heraldus, Bach, Mazocchi, Niebuhr. Mommsen Strafrecht S. 754 Anm. 4 nennt das Gesetz ein publilisches trotz seiner Bemerkung zu Bruns fontes II, S. 63. Vgl. auch Mommsen röm. Forschungen II, 243 f. Gegner sind oben in § 1 Anm. 7 und unten § 4 Anm. 1 zitiert.

[3]) nexum S. 132 f.

[4]) Nach Huschke ist bekanntlich das nexum ein zur gesetzlichen Vollstreckung ohne vorgängiges Urteil berechtigender materieller Vertrag, also ein neben dem iudicatum stehender Vollstreckungstitel.

weise nach dem vierten Kapitel noch vorkommen konnten"[5]). Das vierte Kapitel soll nur eine Übergangsbestimmung für die derzeitigen nexi gewesen sein, deren Vorkommen für zukünftige Verträge das dritte Kapitel ganz beseitigt habe. Die zivile Personalexekution kraft eignen Rechts sei durch die Bestimmung des zweiten Kapitels aufgehoben worden. Jedoch habe der Prätor in der nicht näher geregelten Bestimmung des Gesetzes, pecuniae creditae ut bona obnoxia essent, und bei der prozessualen Ausführung dieser Grundnorm Gelegenheit gefunden, ein Detentions- und Fesselungsrecht an der Person des Schuldners fortbestehen zu lassen: Die lex habe nur die pönale Rechtsvollstreckung gegen die Person untersagt, die vermögens-, sachenrechtliche Seite der Person aber nicht schützen wollen. Letztere gehöre vielmehr zu dem vollen Begriff der bona[6]).

Vergleichen wir diese 4 Huschke'schen Kapitel mit den oben angeführten maßgebenden Texten, so ist zweifellos Kapitel 1 und 2 durch Livius gedeckt. Allerdings steht bei Livius dieser Wortlaut nicht unmittelbar als Inhalt des schließlich erlassenen Gesetzes, sondern nur als Inhalt des Senatsschlusses, welcher den Konsuln den Rogationsauftrag gab. Es wäre nun wohl nicht unbedingt ausgeschlossen, daß dieser Senatsschluß nicht den Wortlaut der Rogation und also des Gesetzes, vielmehr nur die allgemeine Tendenz vorgeschrieben hätte. Die genaue Formulierung der Rogation und damit des Gesetzes hätte dann den Konsuln selbst obgelegen. Durchaus unvereinbar mit der Fassung der Liviusnachricht wäre eine solche Ansicht wohl kaum. Vielmehr scheint der Schlußsatz nexi soluti cautumque in posterum ne necterentur eine solche Auffassung sogar zu fordern. Es scheint nämlich diese zweifellos auf die endgültige Fassung der lex gehende Bemerkung etwas mehr zu enthalten als das, was sich aus dem bloßen Wortlaut des Senatsschlusses schon ergibt. Wenigstens hat Huschke sich veranlaßt gesehen, seinen Kapiteln 1 und 2, welche den Wortlaut des Senatsschlusses erschöpfen, aus eben diesem Schlußsatze noch ein selbständiges drittes Kapitel zuzufügen. Die von Varro erwähnte Bestimmung mit dem bonam copiam

[5]) nexum S. 132.

[6]) Ebenda S. 133 ff.

iurare, aus der Huschke sein Kapitel 4 entnimmt, scheint aber unbedingt nicht von dem Wortlaut des Senatsschlusses gedeckt zu werden.

Ehe wir die Frage näher untersuchen, müssen wir vor allem feststellen, daß das Huschke'sche Verfahren, den Text des Gesetzes wieder herzustellen, unter allen Umständen zu verwerfen ist. Huschke nimmt, wie wir sahen, einerseits die Bestimmungen des Senatsschlusses vollständig und wortgetreu in seinen Gesetzestext auf und fügt andrerseits aus den anderweiten Nachrichten noch zwei weitere Kapitel hinzu. Das ist unhaltbar gleichviel, wie man sich das Verhältnis des Senatsschlusses zur Rogation denkt. Denn enthält der Senatsschluß nur die allgemeine Tendenz, so dürfte sein Wortlaut nicht in der Rogation wiederkehren. Enthält er aber die Fixierung des Wortlauts der Rogation, so ist eine „Ergänzung“ durch die Konsuln ausgeschlossen.

Welche Auffassung des Senatsschlusses ist nun aber die richtige? M. E. sprechen alle Gründe für die wörtliche Übereinstimmung des Senatsschlusses mit der Rogation. Einmal entspricht das durchaus der Stellung, die der Senat beim Ausgang der Republik den Konsuln gegenüber einnahm[7]). Diese Stellung aber dürfte der Darstellung des Livius über ein so altes Gesetz, wie es unsere lex Poetelia doch immerhin ist, zu Grunde liegen[8]). Ferner ist zu unwahrscheinlich, daß uns Livius den schließlich allein interessierenden Wortlaut der zu seiner Zeit durchaus noch nicht veralteten lex verschwiegen, den Wortlaut des Senatsschlusses dagegen angegeben hätte, wenn nicht beide übereinstimmten. Möglich ist vielleicht sogar bei der Arbeitsweise des Livius, daß er den Senatsschluß aus dem Wortlaut der ihm allein bekannten lex erst selbst konstruiert hat. Zu wenig beachtet im Sinne der hier behaupteten Übereinstimmung scheint mir auch das ita des Schlußsatzes zu sein. Dieser Schlußsatz selbst enthält demnach kaum die Angabe eines Gesetzestextes, sondern lediglich eine zusammenziehende Bemerkung über die Gesetzeswirkung. Sie entspricht so durchaus der einleitenden Bemerkung am Anfang desselben livianischen Kapitels: eo anno plebei

[7]) Vgl. Mommsen, Staatsrecht III, S. 1023 ff.

[8]) Vgl. über das ganze Verhältnis des Livius den Tatsachen gegenüber Teuffel, Geschichte der röm. Lit. § 257 und dort Citierte.

Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt[9]).

Mit dieser Auffassung stimmt vortrefflich l. 6 Cod. quae res pignori 8, 16:

Qui filios vestros vel liberos homines pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione iuris se circumvenit, cum sit manifestum obligationem pignoris non consistere nisi in his, quae quis de bonis suis facit obnoxia.

Es handelt sich hier zwar um eine ausdrückliche Verpfändung eines dritten, während die Entwicklung der Personalexekution noch vor der lex Poetelia bereits zum Eintritt des nexum auch ohne ausdrückliche Vereinbarung geführt haben dürfte[10]). Deshalb wird auch hier von einem obnoxium facere[11]) gesprochen, während in dem livianischen Senatsschlusse von einem obnoxium esse die Rede ist. Trotzdem aber scheint mir die Anspielung auf den Wortlaut jenes Senatsschlusses unverkennbar. Eine Veranlassung dazu aber lag für die Kaiser Diokletian und Maximinian doch höchstens dann vor, wenn dieser Wortlaut in der schließlich allein maßgebenden lex wiederkehrte.

Die einzige Schwierigkeit, welcher diese Auffassung des Gesetzestextes unterliegt, ist folgende: Wie kann man die Nachrichten von der Wirkung des Gesetzes am Schluß des livianischen Berichts und besonders auch am Schluß des Varronischen mit seinem bonam copiam iurare mit dem Standpunkt vereinen, daß das Gesetz nur die beiden Bestimmungen des Senatsschlusses selbst enthalten habe?

Die Livianische Nachricht dürfte allerdings die geringere Schwierigkeit bieten. Ein unbefangenes Lesen der ganzen Stelle erweckt auch sicher den Eindruck, daß Livius eine solche Schwierigkeit nicht empfunden hat. Gewiß: Sobald verordnet war, daß künftighin bona, non corpus obnoxium esset und überdies die

[9]) Vgl. zu der ganzen Frage auch Heusde: de lege Poetelia Papiria p. 76 gegen Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger p. 83 sqq.

[10]) Vgl. oben § 1 bei Anm. 6.

[11]) Anderen Sinn hat das ἀγώγιμα ποιοῦντες in Dion. Hal. V, 69 (vgl. oben § 1, Anm. 10). Da ist das ποιεῖν vom Standpunkt des Gesetzgebers gebraucht.

schwere Fesselung des bloßen Forderungsexequierten aufgehoben war, fiel ohne weiteres das nexum, richtig als Zustand der schrankenlosen Schuldsklaverei verstanden[12]), künftig vollkommen hinweg und auch die bisherigen Schuldsklaven durften von diesem Augenblicke nicht mehr in der alten strengen Weise als nexi im technischen Sinne behandelt werden. Denn nexum in dem hier allein maßgebenden Sinne ist ja eben, richtig verstanden, ein Zustand, also etwas sich in jedem Augenblick seiner Dauer unter den Gesetzen eben dieses Augenblicks erneut Realisierendes, nicht ein einmaliger Vorgang, ein Ereignis, das sich in einem Moment verwirklicht und in seiner einmaligen, in der Vergangenheit liegenden Verwirklichung von späteren Gesetzen nicht mehr beeinflußt werden kann. Die ganze Aufstellung Huschke's unter Kapitel III ist also lediglich durch seine irrige Auffassung des nexums als eines einheitlichen, stets einen Vertrag bezeichnenden Begriffs veranlaßt. Bei der richtigen Auffassung dagegen bedarf es neben dem Verbot ut non corpus obnoxium esset, eines besonderen Verbots des künftigen Nektierens nicht.

Wie aber verhält es sich mit der Varronischen Nachricht: omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti? Das bezieht doch die gemeine Meinung[13]) auf eine Übergangsvorschrift hinsichtlich der bereits schwebenden Exekutionen. Später sei allerdings die Einrichtung des bonam copiam iurare beibehalten und zur Abwendung auch der noch fortbestehenden erleichterten Personalhaft verwendet worden, wie die lex Julia municipalis aus dem Jahre 709 der Stadt durch ihre Zeile 113[14]): quive in iure . . . abiuraverit, bonamve copiam iuravit, iuraverit deutlich bekunde. Das sei aber nur eine gewohnheitsrechtliche Anwendung gewesen, welche in der lex Poetelia selbst keine direkte Stütze gefunden habe.

Für unsere Auffassung scheint die Varronische Nachricht sowohl dadurch Schwierigkeiten zu bieten, daß sie sich mit der aus dem Satz ut corpus non obnoxium esset bedingungslos gefolgerten Notwendigkeit des Aufhörens jedes nexums nicht zu vertragen scheint, als auch dadurch, daß sie einen ausführlicheren

[12]) Vgl. meine Personalexekution, S. 35 ff.

[13]) Vgl. z. B. Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 295.

[14]) Vgl. Bruns fontes I, S. 110.

Gesetzestext als den Livianischen zu erfordern scheint. Wir müssen deshalb dieses bonam copiam iurare näher untersuchen. Dazu aber soll uns der nächste Paragraph dienen. Hier sei nur noch hervorgehoben, daß die beschränkte Entlassung der bisherigen nexi, wie sie aus der Varronischen Nachricht hervorzugehen scheint, im Widerspruch mit den übrigen Quellennachrichten, dem Ciceronianischen omnia nexa civium liberata sowohl wie dem Livianischen ita nexi soluti, steht.

§ 3.

Das bonam copiam iurare.

Es bestehen über die Bedeutung des bonam copiam iurare im wesentlichen drei verschiedene Ansichten[1]).

Die Hauptmeinung[2]) faßt copia auf als das Vermögen und versteht unter bona copia natürlich den guten Vermögensstand, d. h. ein aktives Vermögen, welches die Schulden oder wenigstens die Exekutionsforderung deckt. Das iurare aber faßt diese Meinung als ein positives Beschwören auf, so daß also bonam copiam iurare nichts anderes bedeutet, als die eidliche Versicherung des Schuldners, daß er zur Deckung der Exekutionsforderung im Werte hinreichendes aktives Vermögen besitze. Man kann bei dieser Auffassung also den Eid auch kurz bezeichnen etwa als Solvenzeid.

Die zweite[3]) Meinung gibt dem bonam copiam dieselbe Bedeutung und weicht nur in der Auslegung des iurare ab. Das letzte wird nämlich im Anschluß an eine Festus-[4]), eine Cicero-[5]), und eine Novellenstelle[6]), welche von einem eiurare, bezw. bonam copiam eiurare bezw. iusiurandum, nullam sibi facultatem reliquam esse . . unde debito satisfaciat sprechen, mit diesem eiurare identificiert,

[1]) Vgl. über die ganze Frage auch Giraud in den Mémoires de l'institut de France V, S. 494 ff. und Citate, besonders Heusde de lege Poetelia Papiria p. 115 sqq.

[2]) z. B. Huschke, nexum S. 137 ff. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. II S. 295. Heusde a. a. O., p. 118. Horten a. a. O., II, S. 34.

[3]) z. B. Troplong, De la contrainte par corps, p. XLI. Dirksen, ad tab. Heracl. II, 105 sqq.

[4]) Festus s. v. eiuratio (Bruns font. Bd. II S. 8).

[5]) Epist. ad fam. IX, 16, 7.

[6]) nov. 135.

sei es nun, daß man eine Textemendation bei Varro vornimmt[7]) oder ohne solche auskommen zu können glaubt[8]). Eiuratio aber significat id, quod desideretur, non posse praestari, wie Festus an der erwähnten Stelle sagt. Danach ist bonam copiam iurare oder eiurare nichts anderes als die eidliche Versicherung der Insolvenz, ein Insolvenzeid.

Die dritte Meinung[9]) endlich sucht der Schwierigkeit durch andere Auffassung des bonam copiam Herr zu werden. Sie erinnert sich, daß copia auch bedeuten kann das Vorhandensein schlechthin, die Gegenwart, Gelegenheit, Zugänglichkeit[10]). So wird doch auch in den Digesten, namentlich Titel 42, 4, sehr häufig in diesem Sinne von einem copiam sui praestare, copiam sui facere und dergl. gesprochen. Bona copia in diesem Sinne wäre nun die leichte, gesicherte Zugänglichkeit oder wenn man den Begriff in besondere Beziehung zu der Vorschrift bona, non corpus obnoxium esset setzt, der gesicherte Zugriff an das Vermögen[11]). Bonam copiam iurare aber würde dann bedeuten, daß der Exequendus, um von der Personalhaft frei zu kommen, dem Gläubiger gesicherten, leichten Zugriff an sein Vermögen eidlich versprechen muß. Das schlösse natürlich dann auch wohl die eidliche Inventarisierung dieses Vermögens in sich. Man könnte diesen Eid also in spezieller Betonung dieses letzteren Gesichtspunkts auch kurz charakterisieren als Offenbarungseid.

Welche dieser drei Meinungen ist die richtige? Nehmen wir zunächst die zweite, die Auffassung des Eides als Insolvenz-

---

7) So z. B. Troplong a. a. O. unter Berufung auf Cuiacius, Danetius, Zimmern, Rechtsgesch. III, 247.

8) z. B. Dirksen a. a. O., auch Salmasius de modo usur. p. 805. Sehr auffallend ist übrigens gerade bei der Anm. 5 genannten Cicerostelle, daß da auch das Wort popillium vorkommt, was dem handschriftlichen Varrotexte entspricht. Leider ist der ganze Passus des Briefes nur eine andeutungsweise Antwort auf einen uns nicht erhaltenen Scherz des Atticus, die Einzelheiten sind deshalb schwer verständlich.

9) Z. B. Giraud in den mémoires de l'institut de France t. V, p. 495; Bachofen a. a. O. S. 108; vgl. auch Mazocchi Kommentar zur tab. Heracl. S. 431 f.

10) Vgl. auch z. B. Dirksen: Manuale s. h. v.

11) copia se rapportait . . . à l'intention de mettre sa fortune à la disposition du creancier bemerkt Giraud a. a. O. S. 495.

eid. Diese Auffassung erledigt allerdings in vortrefflicher Weise die Schwierigkeit, daß die anderen Quellenstellen von einem unbedingten solvere der nexi sprechen. Wenn wirklich der Exequendus zu seiner Befreiung nichts weiter zu tun hatte als den Eid der Zahlungsunfähigkeit zu leisten, so kam das praktisch auf ein unbedingtes solvere der nexi hinaus. Denn entweder besaß der Schuldner noch ausreichende bona, dann konnte er allerdings den Eid nicht leisten; aber er konnte sich dann leicht durch Versilberung seiner Habe oder auch Vereinbarung mit dem Gläubiger — vgl. Cic. pro Flacco c. 21 [12]) — von der Exekutionsforderung und damit der Haft befreien. Oder aber er besaß kein solches Vermögen. Nun dann konnte er jeder Zeit guten Gewissens den verlangten Insolvenzeid schwören. Die Freilassung hing also dann lediglich von seinem Willen ab und es würde wenige gegeben haben, welche den Eid etwa aus Trotz nicht leisteten. Jedenfalls kam dann praktisch die Sache auf ein omnia nexa civium liberata hinaus. Aber dieser Lösung steht doch zweierlei bedeutsam im Wege. Zunächst ist eben iurare sprachlich nicht gleich eiurare, eine Textkorruption aber bei der Wiederholung der gleichen Wortverbindung in der lex Julia municipalis nicht gut anzunehmen [13]). Das ist der Hauptgrund. Sodann aber bleibt auch noch zu erwägen, daß bei einer solchen Auffassung des bonam copiam iurare eine unleidliche Unzuträglichkeit vorhanden wäre, falls der Schuldner nicht ganz vermögenslos war, sondern etwa beispielshalber zu $^3/_4$ zahlungsfähig war. Sollte er da schwören und das zur Deckung nicht hinreichende Vermögen unangefochten behalten können, während der zu $^4/_4$ der Schuld vermögliche Exequendus alles hergeben mußte? Das ist doch unglaublich, wäre aber bei der Abwendbarkeit der Exekution durch den einfachen Insolvenzeid kaum zu vermeiden [14]).

[12]) Atque is ab Hermippo missus, cum ei pauca mancipia vendidisset.

[13]) Vgl. Giraud a. a. O., Heusde a. a. O. p. 116.

[14]) Man könnte auch daran denken, sich auf die Tatsache der regelmäßigen Fortdauer der Personalhaft dafür zu berufen, daß nicht jeder Schuldner sich habe von der Haft befreien können, was die Auffassung als Insolvenzeid doch mit sich bringt. Dieser Schluß scheint sehr schlagend, ist aber doch nicht durchaus beweiskräftig. Wenigstens steht fest, daß auch nach der Einführung der cessio bonorum und also der Abwendbarkeit der Haft durch Abtretung des Vermögens die Personalhaft nicht gänzlich verschwunden

Gegen die Auffassung als Offenbarungseid ist von der sprachlichen Seite nicht Unmöglichkeit einzuwenden. Im Gegenteil die Analogien mit dem copiam sui praestare oder facere dürften an sich nicht abzuweisen sein. Trotzdem aber dürfte die Wahrscheinlichkeit gegen eine solche Deutung des copia in unserer Verbindung sprechen. Das ergiebt sich klar aus einem Blick auf die gleichartige Verbindung des bonam copiam eiurare bei Cicero [15]). Denn dort ist ganz zweifellos unter bona copia das ausreichende Vermögen zu verstehen. Es ist nämlich ausdrücklich als Gegensatz zu der gegenwärtigen Lage des bonam copiam eiurans die Vergangenheit mit den Worten gesetzt: tum, cum rem habebas. Auch das darauf folgende und die gegenwärtige Lage schildernde: nunc, cum tam aequo animo bona perdas muß trotz des Präsens perdas dahin verstanden werden, daß der Schuldner bereits sein Vermögen verloren hat. Denn da in dieser Cicerostelle ausdrücklich das Wort eiurare gebraucht ist, so ist eine Auffassung, als ob auch hier copia = Zugriff und also an einen Offenbarungseid und den dadurch herbeigeführten Vermögensverlust zu denken sei, vollständig ausgeschlossen.

Was die materielle Seite anlangt, so wäre bei der Auffassung als Offenbarungseid allerdings sehr gut erklärlich die Haltung der anderen Quellenstellen. Denn da dieser Offenbarungseid im Belieben eines jeden Schuldners steht, so wäre es bei Darstellung der praktischen Wirkung des Gesetzes hier ebenso angängig gewesen, diese Voraussetzung der Freilassung zu übergehen, wie oben.

---

ist. Auch bei dieser Abtretung aber ist man versucht sie als ein Mittel zu erachten, das in das Belieben jedes Schuldners gestellt ist und man wird dann zur Erklärung der Fortdauer der Personalhaft — trotz Mitteis Reichsrecht und Volksrecht S. 450 und Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II S. 689 — sich m. E. kaum mit Puchta Instit. I, S. 559 darauf berufen können, daß konkursmäßige Schuldner sich auch heute meist möglichst lange im Besitz ihres Vermögens zu erhalten suchen und überdies die gemilderte Personalhaft der Poetelia nicht mehr so schlimm gewesen sei. Ich meine, das heißt doch die Schwere dieser nicht wie heute auf höchstens 6 Monate beschränkten, sondern bis zur Befriedigung währenden Personalhaft unterschätzen. Eher schon erklärt sich die Fortdauer, wenn man die cessio nicht jedem Schuldner gestattet, insbesondere dem betrüglichen nicht. Dafür spricht allerdings viel, vgl. l. 1 Cod. Th. 4, 20.

[15]) Vgl. oben Anm. 5.

Dagegen kämen wir bei dieser Auffassung mit der geschichtlichen Weiterentwicklung der Personalexekution etwas ins Gedränge[16]). Es wäre nämlich m. E. dann schlechthin nicht einzusehen, welchen weiteren Vorteil dem Schuldner die spätere Einführung der cessio bonorum gewährt hätte, die doch erst einem Julier aus dem 1. Jahrhundert vor Chr. ihre Entstehung verdankt. Daß aber diese cessio bonorum lediglich ein Fortschritt im Interesse der Gläubiger gewesen sei, deren Zutritt an das schuldnerische Vermögen insofern noch besser ausgestaltet worden sei, das ist doch kaum anzunehmen. Dagegen spricht auch klar, daß das ganze Institut in l. 1. Cod. qui bon. ced. poss. VII, 71 vom Kaiser Alexander ausdrücklich als ein beneficium zugunsten der Schuldner bezeichnet wird. Mithin wird man auch diese Auffassung kaum billigen können.

So bleibt nur noch die dritte Meinung[17]) übrig, die Auffassung des fraglichen Eides als Solvenzeid. Diese Auffassung ist sprachlich, wie sich bei Gelegenheit der bisherigen Erörterungen bereits ergeben hat, einwandfrei. Sie erklärt auch zur Genüge, daß die Personalexekution trotz der lex Poetelia noch fort blühte. Denn hinreichendes Vermögen besaß eben nicht jeder Schuldner. Wie aber können dann die außervarronischen Quellen so schlechthin von einem nexi soluti und omnia nexa civium liberata sprechen? Soll dafür wirklich die Erklärung genügen, welche Huschke[18]) gibt: Es seien einmal die „meisten" nexi nicht wirklich insolvent, sondern nur momentan der baren Zahlungsmittel beraubt gewesen. Sodann aber habe die eidliche Abschätzung des eigenen Vermögens, wie sie in dem bonam copiam iurare enthalten gewesen sei, selbst ohne eigentliche Gewissenlosigkeit sehr häufig zur Überschätzung des Vermögens geführt? Mir erscheint das erste als Regel jedenfalls nicht glaublich[19]), beim zweiten aber dürfte der Gläubiger gegen eine solche leichtsinnige Schätzung doch kaum schutzlos gelassen worden sein.

---

[16]) Trotz Giraud a. a. O. S. 496.

[17]) Vgl. zumal Horten a. a. O. II, S. 34 ff.

[18]) nexum S. 139.

[19]) Da wäre das ius paciscendi doch zunächst im Sinne der realen Haftung ausgeübt worden, wie bei Cicero pro Flacco c. 21, vgl. oben Anm. 12.

Mir erscheint vielmehr als die einzige Möglichkeit aus dieser Klemme herauszukommen folgende Annahme: Die Worte nexum und nexi haben in dem varronischen Schlußsatze eine andere Bedeutung als in den übrigen Quellennachrichten. In Varros Schlußsatz sind sie gebraucht als Bezeichnungen der Personalhaft überhaupt, auch in ihrer nunmehrigen, abgeschwächten Form, in den übrigen Stellen dagegen beschränken sie sich auf die alte strenge Form der schrankenlosen Schuldsklaverei, die ja das eigentliche technische Anwendungsgebiet dieser Begriffe ist. Nehmen wir das an, dann löst sich der Zwiespalt. Denn die gänzliche und unbedingte Aufhebung der alten strengen Schuldsklaverei verträgt sich durchaus damit, daß die Exequenden trotzdem prinzipiell in der erleichterten Personalhaft weiter verblieben. Auch von dieser aber befreite das Leisten des Solvenzeides.

An sich ist diese Bezeichnung auch der leichteren Form der späteren Exekutionshaft als nexum nicht unerhört. Vielmehr begegnen wir ihr auch z. B. bei Columella de r. r. I c. 3 § 12:

. . . agros quos occupatos nexu civium et ergastulis tenent[20]).

Auch die Stelle Justinus 21, 1 und 2: nexorum tria milia e carcere dimittit . . . nec carcerem nexis . . replet kommt insofern in Betracht, als sie den Ausdruck nexus in einem allgemeinen Sinne = Häftling erweist. Von dem technischen altrömischen nexum ist auch da gar kein Gedanke. Es handelt sich vielmehr in der Stelle um Syrakusaner Verhältnisse zur Zeit des jüngeren Dionysius.

Bei korrekter schreibenden oder an ältere Quellen sich enger anschließenden Schriftstellern mochte dieser Gebrauch für gewöhnlich vermieden werden. Immerhin gehören die beiden genannten Schriftsteller keineswegs zu den schlechten[21]), so daß man schließlich den gleichen Gebrauch auch dem Varro wohl zutrauen kann. Allerdings besteht gerade in der Stelle de l. l. VII, 105 noch eine besondere Erschwerung für diese Annahme. Es ist nämlich dort unmittelbar vorher erst das Wort nexus in dem alten strengen Sinne definiert und betont hoc sublatum, ne fieret. Trotzdem aber dürfte ein nochmaliger Gebrauch des Wortes nexus

---

[20]) Vgl. damit Varro d. r. r. 1, 17 und Plinius epist. III, 19 § 7.

[21]) Vgl. Teuffel: Röm. Literaturgeschichte s. h. v.

in untechnischem natürlichen Sinne = verhaftet nicht durchaus zu verwerfen sein. Gebraucht doch gerade Varro auch das in de l. l. VII, 105 dem nexus gleichgestellte Wort obaeratus in d. r. r. I, 17 unbedenklich, um den Personalhäftling der späteren Zeit zu bezeichnen. Jedenfalls halte ich diesen Ausweg, Übereinstimmung in das gesamte Quellenmaterial zu bringen, für den einzigen, der sich allenfalls verteidigen läßt.

§ 4.

Folgerungen und Ergebnisse.

Nachdem wir so festgestellt haben, daß der Wahrscheinlichkeit nach das bonam copiam iurare einen Solvenzeid bedeutet und daß dieser zur Abwendung der erleichterten Form der Personalhaft diente, müssen wir wieder zu unserm Ausgangspunkte zurückkehren und erörtern, ob denn diese Bestimmung ausdrücklich im Gesetz gestanden hat [1]. Natürlich läßt sich auch hier kein zwingender Beweis geben. Wir müssen uns vielmehr auch hier mit der Wahrscheinlichkeit begnügen, welche sich aus der Prüfung ergibt, ob allenfalls bereits die beiden Livianischen Normen genügen, die eingangs festgestellte Rechtslage zu erklären. Es ist dabei kaum notwendig, daß diese Rechtslage in allen Einzelheiten unmittelbar aus dem Gesetz sich begründen läßt. Vielmehr werden wir auch die rechtsbildende Bedeutung der Praxis voll anerkennen müssen. Insbesondere dürfte die eidliche Versicherung des Schuldners ein solches Gebilde der Praxis sein, der überhaupt, zumal die Verfahrensvorschriften des alten Rechts zum größten Teile ihre Ausbildung verdanken dürften. Es muß uns also genügen, wenn wir aus jenen beiden Normen des Gesetzes nur den Grundgedanken des Instituts des bonam copiam iurare ableiten können. Dieser Grundgedanke aber — von den Verfahrenszufälligkeiten abgelöst — ist doch der, daß das Vorhandensein genügender Vermögensobjekte die Personalhaft auch in ihrer erleichterten Form gänzlich ausschließt, also mit anderen Worten

[1]) Über die Auffassung der Bestimmung als Sullanisches Gesetz vgl. oben § 1, Anm. 7. Auch Horten a. a. O., II, S. 34 geht übrigens davon aus, vgl. auch die Bachofen a. a. O., S. 110 Citierten: Neuhaus, Dirksen, Dabelow.

die Subsidiarität der Personalhaft. Ist es möglich, so spitzt sich demgemäß unsere Frage zu, diese Subsidiarität der Personalhaft aus den beiden livianischen Normen bereits herauszulesen?

Ich meine nun, diese Frage ist durchaus zu bejahen. Die Worte: pecuniae creditae bona non corpus obnoxium esset scheinen ja zunächst sogar noch über die Subsidiarität der Personalhaft hinauszugehen, die Personalhaft ganz zu verbieten. So schroff aber sollen sie nach dem Willen des Gesetzgebers offenbar nicht aufgefaßt werden. Das ist aus der ununterbrochenen Fortdauer der Personalhaft auch nach dem Erlaß unseres Gesetzes mit absoluter Sicherheit zu schließen, verträgt sich auch, wie wir bald des näheren darlegen werden, durchaus mit dem Wortlaut des Gesetzes, wenn wir nur die Entwickelungsgeschichte der lex beachten. Kann oder muß man dann nicht aber aus der offenbaren Zurücksetzung der Haftung des corpus gegenüber der Haftung der bona wenigstens das als Willen des Gesetzes herauslesen, daß die Personalhaft nur subsidiär gelten solle? Ich meine, es dürfte sich kaum etwas gegen diese Deduktion sagen lassen. Jedenfalls konnten und mußten die späteren römischen Praktiker, welche den Wortlaut des Gesetzes[2]) mit der effektiven Fortdauer der Personalhaft, die schließlich doch, man mag sagen, was man will, in gewissem Sinne ein corpus obnoxium esse bedeutet, verglichen, gar bald zu einer solchen Interpretation des Gesetzes kommen und für das Verfahren die

---

[2]) Vgl. außer der oben § 1, Anm. 11 citierten Stelle Dion. Hal. V, 69, deren an Livius VIII, 28 anklingender Wortlaut τὰ χρήματα ἀγώγιμα, οὐ τὰ σώματα zweifellos die Personalexekution gänzlich beseitigen will, auch noch das Edictum Tiberii Julii Alexandri für Ägypten mit der gleichen Tendenz und dem Wortlaut: ἵνα αἱ πράξεις . . . ἐκ τῶν ὑπαρχόντων ὦσι καὶ μὴ ἐκ τῶν σωμάτων. Vgl. Bruns fontes I, S. 235. Sollte übrigens auch die l. 12 Cod. 4, 10: Ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur aus dem Jahre 294 n. Chr. auf einer irrigen Auslegung des corpus non obnoxium esset der lex Poetelia beruhen? Die Bedeutung des liberos in ihr ist bekanntlich sehr umstritten. Auch berühmte Schriftsteller wie Cuiacius schwanken und benutzen die Stelle bald in dem Sinne liberi = Freie, bald liberi = Kinder. Levieil de la Marsonnière: Histoire de la contrainte par corps tut das sogar in derselben Schrift an zwei Stellen, welche nur zehn Seiten auseinanderliegen, S. 79, Anm. 1 und S. 89, Anm. 1. In Ermangelung anderer Anhaltspunkte entspricht bei dem Gegensatz, der durch das servire unwillkürlich hervorgerufen wird, m. E. die Auffassung = Freie am meisten anerkannten Auslegungsgrundsätzen. Vgl. Cuiacius ed. Lugd. 1606, III 278 gegen I, 489.

nötigen Konsequenzen ziehen. Lag die Sache aber so, so ist es nichts Auffälliges, wenn Varro das praktische Resultat dieser Interpretation — das bonam copiam iurare als Abwendungsmittel jeder Personalhaft — als unmittelbares Gesetzesergebnis hinstellt. Es verträgt sich das durchaus mit der Livianischen Darstellung. Eine besondere Norm über das bonam copiam iurare braucht also im Gesetz nicht gestanden zu haben.

Aber wie verhält es sich mit der anderen Tatsache, daß eine Personalhaft überhaupt nach der lex Poetelia noch vorkommen konnte? Wir erwähnten schon öfter, daß der festgestellte Wortlaut des Gesetzes dem ersten Anscheine nach dieser Tatsache zu widerstreben scheint[3]). Trotzdem aber dürfte eine nähere Betrachtung auch hier zum Ziele führen und ohne Zwang eine Auslegung des Gesetzes ermöglichen, welche mit der Tatsache der Fortdauer der Personalhaft im Einklang steht. Wir müssen bedenken, daß es nach der ganzen geschichtlichen Entwickelung der römischen Personalexekution sich bei Abfassung der lex Poetelia nicht darum handelte, die Personalhaft neu einzuführen, sondern daß sie bereits bestand. Das ist für die ganze Würdigung des Wortlauts natürlich außerordentlich bedeutsam, wird aber so häufig übersehen, daß es, so trivial es eigentlich aussieht, von neuem betont werden mußte. Bei dieser Sachlage handelt es sich also nicht darum, in dem Wortlaut eine ausdrückliche Anordnung der Personalhaft zu finden. Vielmehr genügt es, den Mangel einer ausdrücklichen Aufhebungsbestimmung und die Verträglichkeit der vorhandenen Normen mit der Fortdauer der Personalhaft zu zeigen. Beides aber ist leicht möglich. Wir müssen uns nur vergegenwärtigen, daß der Satz non corpus obnoxium esset nach der Veranlassungsgeschichte der lex in den Augen der un-

---

[3]) Eine Andeutung dieses scheinbaren Widerspruchs zwischen Wortlaut und Inhalt der lex Poetelia scheint mir auch in Diodor I, 79 zu liegen, welcher von dem in Ägyten die Personalexekution aufhebenden Gesetze des Bocchoris betont, daß er „τὸ δὲ σῶμα κατ' οὐδένα τρόπον εἴασεν ὑπάρχειν ἀγώγιμον.“ Die Betonung des κατ' οὐδένα τρόπον ist bezeichnend; sie gibt die Möglichkeit eines σῶμα ἀγώγιμον ohne völlige Aufhebung der Personalhaft zu. So aber wollen ja auch wir das corpus obnoxium der Poetelia auslegen. Somit enthält die Diodorstelle eine weitere wertvolle Bestätigung unserer Hauptauslegung der Poetelia.

mittelbaren Zeitgenossen gar wohl lediglich den Schutz des verhafteten Schuldners vor körperlichen Mißhandlungen und Willkürherrschaft bedeuten konnte[4]). Überhaupt aber müssen wir uns vor einer Anklammerung lediglich an diesen zweiten Satz der lex hüten, so sehr dieser unwillkürlich in die Augen springt. Auch der erste Satz muß voll beachtet werden und grade dieser erste Satz scheint bei richtiger Würdigung und im Zusammenhalt mit dem unmittelbar vorhergehenden Rechtszustande wohl geeignet, die Fortdauer der Personalhaft zu rechtfertigen.

Halten wir uns vor Augen: der unmittelbar der Poetelia vorangehende Verlauf der Exekution wich, wie schon anfangs hervorgehoben, von dem gesetzlichen Endergebnis der tab. III insofern ab, als nicht der Tod des Schuldners oder sein Verkauf ins Ausland, sondern das nexum mit seiner scharfen Willkürherrschaft als schlimmste Konsequenz eintrat und zwar schließlich nicht bloß auf Grund besonderer Vereinbarung, sondern auch ohne solche. Die Willkürherrschaft des nexum führte zu körperlichem Mißbrauch des Schuldners. Dieser war unmittelbare Veranlassung der lex Poetelia und sollte also in erster Linie durch diese lex abgeschafft werden[5]). Was bestimmt nun das Gesetz? Einmal corpus obnoxium non esset. Das haben wir bereits besprochen. Sodann aber: ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur. Damit wird für den regulären Privatschuldner auch die scharfe gesetzmäßige Fesselung[6]) der tab. III beseitigt. Wird aber damit jede

---

[4]) Vgl. auch wenigstens in gewissem Grade, Fleischmann: Vom pignus in causa iudicati captum, S. 5, Anm. 4. Eine sehr interessante Deutung des obnoxium dahin, daß der Körper nunmehr keinen Verkaufsgegenstand mehr bilden sollte, siehe bei Leonhard: Inst., S. 397, Anm. 5.

[5]) Vgl. Horten: Personalexekution II, S. 27.

[6]) Nervi und compedes. Für die Bedeutung des qui noxam meruisset, das mir nicht auf die einstweilige Haft bis zur Tötung des Delinquenten beschränkt werden zu dürfen scheint (so Huschke, nexum, S. 133 und Giraud a. a. O., S. 492), vgl. Cato bei Gellius noct. attic. 11, 18, 18: fures privatorum furtorum in nervo atque compedibus aetatem agunt. Dazu siehe Mommsen, Strafrecht, S. 754. Zweifelhaft in mancher Beziehung sind dabei aber die Komikerstellen: Plautus, Poenulus v. 1364, 1399, 1401, 1409; Rudens v. 872, 876, 889: ganz sicher aber von keiner noxa scheint zu handeln Terentius, Phormio 695 f.:

Personalhaft verboten? Mit nichten. Was hätte denn dann das besondere ausdrückliche Verbot der Fesselung mit nervi und compedes für Zweck, wenn überhaupt jedes teneri des Schuldners fortan unerlaubt sein sollte? Gerade dieses teneretur des ersten Satzes zeigt m. E. klar, daß an sich, d. h. ohne die schweren Fesseln, die Personalhaft fortdauern sollte. Ja, es gibt dieser Satz, richtig verstanden, sogar auch Auskunft darüber, wie lange die einzelne Personalhaft währen sollte. Das donec poenam lueret enthält die betreffende Bestimmung. Es mag richtig sein, daß diese Wortfügung zunächst und in erster Linie in Verbindung mit der Lage desjenigen steht, qui noxam meruit. Das schließt aber kaum aus, sie auch noch zu der allgemeinen Vorschrift des ganzen Satzes in Beziehung zu setzen und also auch von den gewöhnlichen Schuldnern zu verstehen. Auch bei diesen kann man mit vollem Recht von einem poenam luere sprechen, wenn man sich den Satz der tab. III vor Augen hält, welcher als Ergebnis der alten Personalexekution nach Gellius bestimmte: poenam capite dabant. Diese poena capitis ist infolge der gewohnheitsmäßigen Weiterentwickelung des Exekutionsrechts durch das nexum abgelöst worden. Das nexum stellt also ein poenam luere dar und ebenso der Rechtsnachfolger des nexum, die von unmittelbarem Körperzwange befreite Personalhaft jüngerer Form. Wie aber jene alte poena capitis bis zum letzten Augenblick durch Zahlung der Urteilssumme zu beseitigen war, so mußte auch dieses neuere poenam luere sein Ende finden, in dem Moment, wo die durch den Schuldner dem Gläubiger erworbenen Vermögenswerte den Betrag der Schuldsumme deckten[7]). Demnach bedeutet das donec

---

Quom argentum repetent, nostra causa scilicet
In nervum potius ibit.

Es handelt sich doch hier um die Rückforderungs-, nicht die Strafklage. Über noxa vgl. namentlich Festus s. v. noxia (Bruns fontes II, S. 18) aber allerdings auch Livius 23, 14, 3.

[7]) Über das Abarbeiten vgl. folgenden Paragraphen. Wenn bei Dion. Hal. VI., 82 Sicinius, der Anführer der Plebs bei der ersten secessio von einem δουλεύειν πάντα τὸν τοῦ βίου χρόνον spricht und dabei zweifellos das nexum meint, so denkt er wohl an besonders große Schulden oder an den Umstand, daß bei dem ewigen Kriege die Plebejer stets von neuem verschulden mußten.

poenam lueret für die gewöhnliche Personalhaft nichts anderes als daß sie dauerte, bis die eben erwähnte Deckung erreicht war.

§ 5.

Sallust und Quintilian.

Bei der eben gegebenen Darstellung sind die letzten der im § 1 zitierten Stellen zunächst außer Acht gelassen, um nicht zu verwirren. Wir haben uns aber natürlich auch mit ihnen, also mit der Sallust- und den Quintilianstellen abzufinden, wenn wir unsere Aufstellungen gegen jeden Angriff sichern wollen. Wir können uns nicht, wie es meist geschieht, über diese, wie zuzugeben, in gewisser Beziehung unbequemen Stellen einfach hinwegsetzen, gleich als ob sie gar nicht existierten.

Die Sallust stelle ist einer Verteidigungsrede für die katilinarischen Verschworenen entnommen. Sie stellt in deren Sinne ganz schroff als Tatsache hin, daß bei den Römern die Personalhaft durch ein Gesetz — welches wird nicht genannt, vermutlich aber an die lex Poetelia gedacht, wenigstens kennen wir kein anderes, das in Betracht käme — also gesetzlich abgeschafft, dann aber durch den Prätor wieder eingeführt worden sei[1]. Allerdings handelt es sich, wie schon berührt, um eine rhetorisch zugespitzte politische Ansprache und eine solche braucht es mit der historischen Wahrheit nicht allzu genau zu nehmen. Berechtigt uns das aber, sie ganz unbeachtlich zu lassen? Ich glaube kaum. Ein Kern oder wenigstens ein Anschein von Wahrheit wird doch in ihr enthalten sein müssen. Sonst wäre den mit ihren Gesetzen, und zumal solch scharf einschneidenden Bestimmungen, sicher in ziemlich hohem Maße vertrauten Römern auch der niederen Masse ihre Unhaltbarkeit allzu sehr in die Augen

---

Das donec poenam lueret scheint mir etwas deutlicher auf das Abarbeiten hinzudeuten als das dum solveret bei Varro d. l. l. VII 105 und das donec solverit in den im nächsten Paragraph genannten Quintiliansstellen. Letzteres wird oft in dem Sinn verstanden, daß nur die bare Zahlung die Schuld tilgen soll, so von Bachofen a. a. O., S. 81, Scheurl, nexum, S. 52 u. a. Unentschieden Mitteis in seinem berühmten Aufsatz in Sav. Zeitschr., Bd. 22, S. 121.

[1]) Vgl. Heusde a. a. O. S. 97 ff.

gesprungen. Dem durfte sich der Verfasser, gleichviel ob das nun Katilina oder Sallust ist, keinesfalls aussetzen. Worin aber besteht dieser Kern oder Anschein von Wahrheit?

M. E. ist festzuhalten, daß der Wortlaut der lex Poetelia tatsächlich für die ihrer Entstehung ferner stehenden Kreise den Anschein erweckt, als ob die Personalhaft durch sie gänzlich aufgehoben worden sei. Damit ist die erste Behauptung der Rede von dem praesidium legis mit seinem amisso patrimonio liberum corpus habere anscheinend genügend gesichert. Aber auch für die zweite Behauptung, daß dieses praesidium legis iniquitas praetoris eripuit muß wohl einen Anschein der Wahrheit gehabt haben. Dieser Anschein ist aber m. E. am einfachsten durch den Hinweis auf das prätorische Edikt erklärt, welches ja die Personalexekution auch eingehend regelte[2]). Daß das keine Neuregelung der Personalexekution war, ist allerdings richtig, brauchte aber den Römern des ersten Jahrhunderts vor Christus nicht stets gegenwärtig zu sein, zumal wenn sie an den irre leitenden Wortlaut der lex Poetelia dachten.

Somit wäre der gesuchte Anschein der Wahrheit in der Sallustrstelle gefunden ohne unsere vorhergehenden Feststellungen in Wirklichkeit anzufechten.

Etwas anderer Art sind die Schwierigkeiten, welche uns aus den zitierten Quintilianstellen erwachsen. In diesen beiden Stellen ist mehrmals mit einer großen Bestimmtheit und Schärfe von einer lex die Rede, quae addictum, donec solverit, servire iubet und zwar scheint es sich um eine ziemlich wortgetreue Angabe dieser lex zu handeln. Dafür spricht einmal die dauernde Wiederholung in fast gleicher Form. Ferner aber heißt es einmal ausdrücklich; lex dicit: addictus donec solverit serviat, ut opinor, non: servus sit. Was haben wir davon zu halten?

Wir können auch diese Quintiliannachrichten kaum für gänzlich unhistorisch halten. Ja wenn wir nur die zweite Stelle, die aus den Deklamationen besäßen! Diese Deklamationen sind ja anerkannt unzuverlässig und enthalten viele leges, welche lediglich rethorischer Übungen halber erdichtet wurden[3]). Dagegen

[2]) Vgl. Lenel, edictum S. 325 ff.

[3]) Siehe z. B. auch bei Schloßmann: Altrömisches Schuldrecht S. 69 f.

läßt sich die Institutionenstelle nicht so ohne weiteres bei Seite schieben. Dazu kommt, daß auch noch an einer zweiten Stelle der Institution, nämlich 5, 10, 60, von dem addictus und seinem servire die Rede ist, wobei der Kontroverse über die Bedeutung des servire und seinen Gegensatz zum in servitute esse auch gedacht wird. Diese Kontroverse und dieser Gegensatz wird uns sodann auch von anderen unanfechtbaren Quellen als tatsächlich bestehend nachgewiesen. So streift die Kontroverse über die Stellung des adiudicatus wohl noch z. B. Gaius inst. III, 189; den Gegensatz zwischen servire und in servitute esse aber betonen gar eine ganze Reihe von Stellen, indem sie ausdrücklich von einem servitutem servire sprechen. So kennt letzteren Ausdruck bereits Labeo nach der allerdings verstümmelten, aber doch in ihrer Ergänzung sicheren Stelle des Festus s. v. potitus, welche lautet[4]:

potitus servitu (te) . . . qui ut ait Labeo servitu (tem servit).

Selbst Mucius Scaevola[5]) berücksichtigt ihn bereits in der berühmten von Cicero in den topica 6, 29 erhaltenen Bestimmung des Gentilbegriffes. Die Stelle lautet:

Gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt. Non est satis: qui ab ingenuis orti sunt. ne id quidem satis est: quorum maiorum nemo servitutem servivit. abest etiam nunc: qui capite non sunt deminuti. hoc fortesse satis est; nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.

Ja sogar ein Gesetzestext aus dem Jahre 550 der Stadt enthielt ihn. Unter den exceptae personae zählte nämlich die lex Cincia, wie Paulus lib. LXXI ad edictum, ad Cinciam laut Vat. fragm. 298—307 berichtet, an letzter Stelle noch auf:

si quis a servis quique pro servis servitutem servierunt.

Nun ist allerdings in keiner dieser Stellen ausdrücklich der Gegensatz der addicti und deren Stellung erwähnt. Immerhin scheint mir angesichts der Quintilianischen Stellen eine solche Beziehung sehr wahrscheinlich, zumal insbesondere die Stelle aus dem siebenten Buche der Institution[6]) gerade bei Erläuterung

[4]) Vgl. Bruns fontes II, S. 26.

[5]) Wohl der berühmteste Jurist dieses Namens, also der Konsul des Jahres 95 v. Chr., was in meiner Personalexekution S. 77 zu berichtigen ist.

[6]) Inst. VII, 3, 26.

der Kontroverse über die Stellung des addictus als eine Definition der antiqui für den Begriff des eigentlichen servus unser qui servitutem servit erwähnt[7]).

Kann man demnach kaum an der realen Existenz der Quintilianischen Norm: addictus donec solverit serviat zweifeln, so drängt sich natürlich die Frage auf: Wo stand diese Norm?

Quintilian selbst nennt sie eine lex. Nimmt man das scharf, so muß man natürlich an ein ordnungsmäßig zu Stande gekommenes Volksgesetz, sei es nun die lex Poetelia oder ein späteres, denken. Beides aber scheint nicht recht angängig. Was die lex Poetelia selbst anlangt, so wäre sie an sich nach unseren bisherigen Erörterungen selbst wohl keineswegs ungeeignet den inhaltlich gleichen Satz in sich aufzunehmen. Jedenfalls hat wohl der Exequendus in seiner privaten Personalhaft stets arbeiten müssen. Erst seit Einführung der öffentlichen Haft[8]) scheint das anders geworden zu sein. Bis dahin aber war ein Hauptgedanke der ganzen Personalexekution stets, als letzten Vermögenswert die Arbeitskraft des Schuldners auszunutzen. Das galt sogar schon zu den Zeiten, da noch die Geltung von tab. III mit ihren gesetzlichen Exekutionsfolgen der Tötung oder des Verkaufs ins Ausland unbestritten war. Denn anerkanntermaßen[9]) waren diese gesetzlichen Folgen mehr theoretische Schreckmittel als praktische Übungen. Offen trat dieser Zweck hervor, sobald das nexum als alleiniges Endergebnis der Exekution das Feld behauptete. Die lex Poetelia aber hat diesen Zweck keineswegs aufgehoben, wenn sie auch den unmittelbaren körperlichen Zwang und Züchtigung beseitigte[10]) und so allerdings einem dickfelligen, auf Freiheit und Selbstbestimmung nicht erpichten, mit der schmalen Haftkost zufriedenen Schuldner gegenüber das Abarbeitungsgebot häufig

---

[7]) Damit stimmt auch sehr gut überein, daß Varro in seiner Definition des alten nexus ausdrücklich von einem operas in servitutem dare, nicht bloß von servire spricht.

[8]) Vgl. etwa Horten a. a. O. S. 57; 2 Cod. 10, 18.

[9]) Darüber vgl. z. B. meine Personalexekution S. 224 ff. und Zitate.

[10]) Eigentümlicherweise wird dieser Umstand von Quintilian inst. V, 10, 60 u. VII, 3, 26 f. nicht als differens zwischen servus und addictus hervorgehoben; man müßte denn höchstens in dem addictus legem habet eine, allerdings versteckte, Andeutung finden.

wirkungslos sein mochte. Lediglich letzteres dürfte aus den von Horten zitierten Terenz- und Plautusstellen folgen[11]), falls man diese Stellen überhaupt nicht mehr als scherzhafte Wendungen[12]) zu verstehen hat. Es sind:

Plautus, Rudens v. 872 f.:

Bono animo meliust te in nervum[13]) conrepere.
Tibi optigit, quod plurimi exoptant sibi[14]).

Terentius, Phormio v. 335 ff.:

Mihi sciunt nihil esse. dices, ducent damnatum domum?
Alere nolunt hominem edacem et sapiunt mea sententia.

Daß das Abarbeiten der Schuld[15]) auch später noch lange das Regelmäßige war, beweisen wohl zur Genüge Stellen wie

---

[11]) Mehr meint wohl schließlich auch nicht Horten: die Personalexekution in Geschichte und Dogma Bd. II, S. 29.

[12]) Als solche vgl. auch Plautus, Menaechmi v. 87 ff.

[13]) Vgl. oben § 4 Anm. 6.

[14]) Übrigens scheint bei genauerer Betrachtung die Stelle gar nicht zu besagen, daß die meisten gern in die Personalhaft gehen. Sie enthält vielmehr die allgemeine Andeutung, daß jedermann gern sein Ziel erreicht vgl. die unmittelbar folgenden aufklärenden Bemerkungen:

Labr. Quid id est? Charm. Ut id, quod quaerant, inveniant sibi.
Das Ende des Labrax aber ist eben der Ansicht des Charmides nach schließlich doch der Kerker.

[15]) Puchta Inst. § 179 Anm. v. gründet das Abarbeiten auf die Analogie des Freien, der noxae gegeben worden war, und dessen Verhältnisse geregelt sind in Collatio II, 3, 1: Papinianus libro definitionum secundo sub titulo de iudicatis:

Per hominem liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae deditum accepit.

Auch diese Analogie dürfte nicht abzuweisen sein, zumal der Titel de iudicatis bereits auf eine weitere Anwendung als der unmittelbare Wortlaut hinzudeuten scheint. Allerdings geschieht die noxae datio durch eine mancipatio vgl. Gaius inst. IV, 79, während es sich hier mehr um ein Verhältnis ohne Vertrag wie beim redemptus handelt. Dessen Erwerb soll nach l 12, 11 D 49, 15 dem redemptor zufallen vice illius, quod apud hostes quaesisset. Braucht sich der redemptor das also nicht auf den Loskaufspreis abrechnen?

Vgl. bezüglich des Arbeitszwanges aber auch Bachofen a. a. O. S. 80 f. Bethmann-Hollweg Civilprozeß § 113 A 23; siehe auch § 4 a. E.

Plinius epist. III, 19, 7:

> Sunt ergo instruendi (sc. agri) eo pluris quod frugi mancipiis; nam nec ipse usquam vinctos habeo nec ibi quisquam

und Columella d. r. r. I c. 3 § 12:

> . . . agros occupatos nexu civium et ergastulis tenent.

Varro de r. r. I. 17: Omnes agri coluntur hominibus servis aut liberis aut utrisque. Liberis aut cum ipsi colunt . . . aut mercennaris . . . iisque quod obaeratos[16]) nostri vocitarunt.

Die addicti ersetzen hier also die anderen Feldarbeiter.

Mithin paßt die Quintilianische Norm inhaltlich sehr gut in die lex Poetelia. Trotzdem aber dürfte eine solche Zuweisung nicht zulässig sein. Einmal erscheint die ganze Bestimmung in ihrer Hervorhebung der Arbeitspflicht mit Rücksicht auf den bereits vorher bestehenden Rechtszustand als überflüssig und mit der Veranlassung der lex wenig harmonierend. Ferner aber ist zu beachten, daß die Bestimmung von Quintilian anscheinend wortgetreu wiedergegeben wird, wie bereits oben hervorgehoben ist. Der maßgebende Wortlaut der Poetelia ist uns ja aber anderweitig bereits bekannt, wie wir sahen, und enthält den Quintilianischen Satz nicht. Überhaupt aber dürfte dessen donec solverit mit dem livianischen donec poenam lueret in ein und demselben Gesetzeswortlaut kaum konkurrirend enthaltend gewesen sein.

Wir wären also auf eine spätere lex im technischen Sinne angewiesen. Eine solche ist natürlich möglich, bei dem uns vorliegenden Quellenmaterial aber kaum wahrscheinlich. Jedenfalls haben wir nirgends die leiseste Andeutung einer solchen anderen lex. Dazu kommt dann noch, daß bei Vorhandensein einer solchen neueren lex mit so zweifelsfreier Statuierung der Personalexekutionsfortdauer die am Eingang dieses Paragraphen erörterte Salluststelle durchaus unverständlich wäre.

Somit dürfte die Quintilianische lex kaum im technischen Sinne gemeint sein. Die Norm dürfte vielmehr dem prätorischen Edikt angehört haben[17]). Dafür spricht materiell die eben erwähnte Salluststelle, formell aber im gewissen Grade auch der

---

[16]) Vgl. dazu Varro d. l. VII, 105: nexus vocatur ut ab aere obaeratus.

[17]) Vgl. auch Troplong a. a. O. XCIX.

Gebrauch des direkten Konjunktivs statt des Imperativs [18]). Formelle Bedenken wegen des Ausdrucks lex bei Quintilian dürften aber kaum mit Recht erhoben werden können. Bereits Cicero hat in der bekannten Stelle in Verrem II, 1 c. 42 das prätorische Edikt im Sinne derjenigen qui plurimum tribuunt edicto wenigstens als eine lex annua bezeichnet. Seneca aber spricht controv. 9, 3, 8 ganz ohne Scheu in Beziehung auf den erweislich auf dem Edikt [19]) beruhenden Satz: Per vim metumque gesta ne sint rata: Arma lex et vincula et ultimum periculum completitur. Warum sollte da Quintilian peinlicher in seiner Ausdrucksweise gewesen sein? Spricht doch von den Späteren selbst ein Ulpian in l. 1 § 2 D 38, 8 unbedenklich bezüglich der bonorum possessio unde cognati: Pertinet auctem haec lex ad cognationes non serviles.

Ein Widerspruch in der Darstellung Sallusts und Quintilian ist also nicht durchaus zu finden. Aber auch unsere obigen Ergebnisse aus den Varro- und Liviusstellen stößt es nicht um, wenn das prätorische Edikt, das ja anerkanntermaßen selbständige Bestimmungen über die Personalexekution in einer formloseren Einleitungsweise besaß, für seine Exekutionsform über das Abarbeitungsrecht ausdrücklich dasselbe bestimmte, was ohne ausdrückliche Norm für die zivile Exekutionsform auch galt.

---

[18]) Vgl. Jhering, Geist II, S. 604 ff.; Karlowa, Rechtsgesch. I, S. 462.

[19]) Vgl. Lenel, Edictum S. 90 und Citate. Daß der Wortlaut der Bestimmung dort etwas anderes war als bei Seneca, ist bei der materiellen Übereinstimmung gleichgültig.

Über Klagenverjährung und deren Wirkung

von

Fritz Klingmüller

Etwa vor 100 Jahren begann sich die deutsche Juristenwelt wegen der in der Überschrift enthaltenen Rechtsfrage in zwei getrennte, nach Quantität und Qualität ungefähr gleiche Lager zu spalten. Der schließlich mit großer Hartnäckigkeit geführte Kampf der Meinungen sollte insbesondere die Entscheidung darüber bringen, ob der Verjährung eine stärkere, das ganze rechtliche Verhältnis vernichtende Wirkung zuzuschreiben sei, oder eine nur schwächere Wirkung, die von dem affizierten Rechtsverhältnis noch eine Naturalobligation übrig läßt. Eine Zeit lang schien durch Savigny's[1]) Autorität und nachhaltigen Einfluß die berühmte Streitfrage zu Gunsten der schwächeren Wirkung entschieden zu sein, sodaß Demelius[2]) glaubte, bereits von einem endgültigen Siege jener Auffassung berichten zu können. Die Siegesnachricht war aber — wie Bekker[3]) mitteilt — verfrüht; denn bald genug entstand wieder Bewegung in der Doktrin, und mehrfach machten sich Bestrebungen geltend, die eine Erschütterung des Savigny'schen Standpunktes zum Ziele hatten. Tatsächlich schien auch die gemeine Meinung sich wieder mehr der Auffassung von der stärkeren Wirkung zuzuwenden, nicht zuletzt beeinflußt durch Dahns[4]) Dissertation „Über die Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen", und die Stellungnahme Windscheids, die sich noch in der I. Kommission zur Beratung des BGB. merklich geltend machte.

---

[1]) System V §§ 248–251; Obl.-R. I 596 fg.

[2]) Untersuchungen aus dem röm. Civilrechte Bd. I (1856) S. 1—108; insbesondere S. 65.

[3]) Im Jahrb. des gem. R. IV S. 408 (1860).

[4]) Nach Bekkers Ansicht „der einzige, der nach Savigny eine selbständige Abhandlung über die vorliegende Frage geschrieben hat". —

Merkwürdig bleibt der Streit der Meinungen über eine praktisch und theoretisch so wichtige Frage. Er wird erklärlich durch Bekkers richtigen Hinweis: unleugbar, daß von dieser Frage ausgehend wir allmählich zu immer klarerer Erkenntnis des Wesens der Aktionen und der Naturalobligationen, der Verjährung und anderer Stücke unseres Rechtsystems gelangt sind. — Wissenschaftliche Fragen stehen eben als wesentliche Bestandteile eines großen Systems in unauflöslicher Verbindung unter einander; so haben auch mich eingehendere Untersuchungen über das Wesen der sogen. Naturalobligationen auf dieses strittige Gebiet geführt[1]).

Der Verjährungsbegriff — so geläufig er uns Modernen zu sein scheint — hat erhebliche Wandlungen durchgemacht und ist auch jetzt noch nicht dogmatisch unanfechtbar. Jedenfalls ist im modernen Recht eine rückläufige Bewegung zu beobachten, welche mit größerem juristischen „discernement“ vorgehend einer unzweckmäßigen und unheilvollen Generalisierung des Verjährungsbegriffes abhold ist. War man doch bereits „auf dem Wege ungebührlicher Abstraktion“[2]) so weit gekommen, den juristisch-technischen Begriff der Verjährung in dem weiten Laienausdruck, der unter „Verjähren“ jeden Untergang eines Rechts nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes versteht, farblos aufgehen zu lassen; nicht verwunderlich, daß man dann glaubte, auch von einer *„praescriptio momentanea“* reden zu können, wenn ein Recht nur in einem bestimmten Augenblick ausgeübt werden kann, wie etwa das Recht der Notwehr im Augenblicke des Angriffs, und man diesen Zeitpunkt untätig vorübergehen läßt[3]). Schließlich fügte man dieser *praescriptio extinctiva* noch die *„praescriptio acquisitiva“* bei, beides wesentlich verschiedene Institute, die sich nur in der allgemeinen Berücksichtigung eines bestimmten Zeitablaufs zusammenschließen, nicht aber unter einem für die juristische Systematik wertvollen übergeordneten Begriff. Die

[1]) Vgl. meine bereits zum Druck gegebene Monographie über die „Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten“. im bes. § 14 nro. II. —

[2]) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung (1880) S. 22.

[3]) Vgl. Windscheid I § 105 A. 6. Dagegen schon Rave in seiner Schrift „De praescriptionibus“ (1790), die sonst nur deswegen erwähnenswert ist, weil sie die Verjährungslehre des ALR. ungünstig beeinflußte. Vgl. besonders die verunglückten §§ 568, 569, I, 9 ALR.

neuere Rechtslehre hat alle Mühe gehabt, aus dem unzulässig erweiterten Verjährungsbegriff der älteren Doktrin selbständige Institute auszulösen und schärfer zu begrenzen. — — —

I.

Diese Richtung der gemeinrechtlichen Entwicklung hatte keinerlei Anknüpfungspunkte im **römischen Recht,** das eine allgemeine Lehre von der Verjährung und ein einheitliches Rechtsinstitut in diesem Sinne nicht gekannt hat. Den Römern mangelte schon ein allgemeiner Ausdruck für das, was wir als Verjährung zu bezeichnen gewohnt sind. Der zuerst von den Glossatoren und nachher in der kanonischen Rechtsprache hierfür gebrauchte Ausdruck *„praescriptio"* bedeutet bei den römischen Pandektenjuristen im gewöhnlichen Sinne ein als Vormerkung der formula inserierter Einwand des Beklagten, und da seit Gaius alle praescriptiones pro reo als Exceptionen formuliert wurden[1]), nahm „praescriptio" überhaupt die Bedeutung von exceptio an[2]). So wird auch die Einrede der Verjährung promiscue als annua [s. annalis] exceptio oder temporis [s. temporalis] praescriptio bezeichnet[3]). — Immerhin hat Fitting darauf aufmerksam gemacht, daß schon dem Altertum „praescribere" in dem speziellen Sinne von „Verjähren" nicht unbekannt gewesen ist, wie sich aus den Vaticanischen Summarien des Cod. Theodos., aus einer Stelle des Cod. Iust., und sogar aus einigen Digestenstellen ergibt[4]).

Erste und letzte Frage aber bleibt, was man überhaupt unter „Klagenverjährung" zu verstehen hat: einmal, wie ist der Vorgang des „Verjährens" juristisch zu denken? — was verjährt eigentlich? — Es soll der immer wieder an den modernen Juristen herantretenden Versuchung widerstanden werden, von aprioristischen Begriffen auszugehen; die tatsächlichen Erscheinungen des Rechts-

[1]) Gai. IV 132—137.

[2]) Vgl. z. B.: D. (5, 1) 52, 3. — (31) 34, 3. — (44, 1) 10. — (47, 15) 3, 1. — (49, 1) 3. 1. — (48, 5) 16, 7. — (44, 1) 23. — u. a. m.

[3]) Nur einmal *exceptio temporis*: D. (40, 14) 1 [Marcellus].

[4]) Vgl. Zschr. f. Rgesch. X S. 337; Zschr. d. Sav. = St. IX S. 394 u. XIV S. 259. — Die Stellen: C. Just. (9, 35) 5 [a. 290]: D. (49, 14) 1, 3. 5 [Callistr.] u. D. (48, 17) 3 [Marcian.] — Summar. zu C. Theod. (10, 1) 15. — E. Heymann, Vorschützen d. Verjährung S. 51 A. 217 fügt hinzu: C. Just. (5, 62) 3 [a. 206]. —

lebens vorurteilslos zu betrachten, ist die erste Aufgabe, der die Begriffsbildung nachzufolgen hat. Auch die Entwicklung des römischen Rechts gewährt nach dieser Richtung hin mancherlei Nutzanwendung. —

Das alte *Civilrecht* ist arm an Fällen von zeitlicher Rechtsbegrenzung. Das ist erklärlich, weil überhaupt ältere Rechtsordnungen dem alogischen Element der Zeit wenig oder gar keinen Einfluß gewähren. Hierin liegt an sich ein ebenso charaktervoller wie logischer Konservatismus: was Recht ist, soll Recht bleiben [1]). Freilich wird dieser Vorzug von älteren Rechtsordnungen verhältnismäßig leicht erworben, da bei dem Vorherrschen sachenrechtlicher Gestaltungen und bei dem unentwickelten Zustande des Obligationenrechts — beides Folgeerscheinungen eines unentwickelten Verkehrs — die Bedürfnisse, die später zu irgendwelcher zeitlicher Begrenzung von Rechten führten, sich weniger geltend gemacht haben werden.

Den wichtigsten hierher gehörigen Fall des ius civile, in welchem ein entstandenes Rechtsverhältnis mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist erlischt, stellte die *lex Furia* aus der Zeit bald nach dem zweiten punischen Kriege [2]) auf: sponsor et fideipromissor biennio liberantur [3]). Da im übrigen keinerlei Quellenbericht darüber vorliegt, in welcher Weise diese Befreiung des Bürgen von seiner Verbindlichkeit eintrat, so geschah sie offenbar auf die natürlichste und einfachste Weise: durch bloßen Fristablauf, ipso iure in diesem Sinne, ohne Hinzutreten sonstiger Umstände.

---

[1]) Gewiß ist die Berücksichtigung der Zeit bei der „erwerbenden", wie „zerstörenden" Verjährung eine Inkonsequenz, indem „das Faktische geradezu an die Stelle des Rechts gesetzt wird", „eine Abweichung vom Begriffe des Rechts, welches ja eine ideale Ordnung des Materiellen ist, während hier gerade umgekehrt eine Ordnung des Idealen durch das Materielle geschieht". — Dahn a. a. O. S. 6 u. 7. — Bekker, Pand. I § 38 Beil. I: . . . „Und ebensowenig wird man es dem naiven Laiengefühl verübeln dürfen, wenn er trotz alledem mal Anstoß daran nimmt, dass ohne sonstige Änderung des Tatbestandes eine Sekunde aus Unrecht Recht und aus Recht Unrecht zu machen vermöge". — Stammler, Lehre v. richt. R., S. 263 f. führt aus, daß die Verjährung zu den Mitteln des *förmlichen* Rechts gehört u. dem *wirklichen* Rechte entgegengesetzt ist.

[2]) Vgl. E. Heymann a. a. O., S. 23 A. 72 u. die dort Cit.

[3]) Gai. III 121. 121a.

Daher ist quellenmäßig wie auch sachlich unbegründet Demelius'[1]) Annahme, daß die Bestimmung der lex Furia gewiß durch eine besondere exceptio legis Furiae realisiert worden sei; wird doch dadurch über die hier zunächst klarzustellende *materiellrechtliche* Wirkung des Zeitablaufs nichts entschieden. *Prozeßual* war im Formularverfahren das Denegationsrecht des Praetors — als formeller Ausfluß der ipso-iure-Wirkung — ausreichend, um Klagen gegen den sponsor über das biennium hinaus abzuweisen, sodaß die Aufnahme einer besonderen exceptio in die formula nicht erforderlich war; daß ein besonderes Exceptionsschema zur Verfügung stand, welches vom Praetor dann gebraucht wurde, wenn wegen Anwendbarkeit der lex Furia noch eine nähere Sachuntersuchung vor dem index notwendig war, ist möglich, aber nicht festzustellen. Überhaupt finden wir während der Herrschaft des Formularprozesses vielfach Ausübung des Denegationsrechtes und Gewährung einer Exceptio durch den Praetor bei gleichen Tatbeständen neben einander, ohne daß allgemeine regulierende Bestimmungen über die eine oder andere processuale Möglichkeit auffindbar wären[2]).

Jedenfalls ergibt sich als materiellrechtliche Wirkung des Zeitablaufs gemäß der lex Furia die völlige Befreiung des sponsor; die Bürgschaftsobligation ist ebenso vollkommen erloschen, wie wenn sie durch Zahlung getilgt wäre. Nihil remanet. —

Ging demnach der nur durch geringe Ausnahmen modificierte Grundsatz des ius civile dahin, daß die actiones perpetuae sind, so verließ auch in dieser Frage die *praetorische* Rechtsbildung die einfachen und starren Linien des alten Rechts. Immer zahlreicher werden die Fälle zeitlicher Beschränkung der im Edikt proponierten

[1]) a. a. O. S. 16. — Vgl. dagg. Savigny, Syst. V S. 181. — Keller, Röm. C Pr. § 36.

[2]) Hierauf kommt mehrfach R. Schott in seiner gehaltvollen Schrift über „Das Gewähr en des Rechtschutzes im röm. Civil-Proc.“ (1903) zu sprechen. [S. 75 f. 79. 91. 92. 101]. — Wir finden denegatio u. exceptio neben einander bei: subjektivem Unvermögen (dann exc. doli) D. (44, 4) 4 2; iusiurandum delatum D. (12, 2) 7. u. 9; formellem Mangel einer gültigen Erbeseinsetzung D. (28, 4) 1, 3. 2; SC. Vellejanum D. (4, 4) 12 u. (16, 1) 19, 5. — Über den laxen Sprachgebrauch des jüngsten römischen Rechts, nach welchem der Ausdruck ‚exceptio‘ auch auf die nach klassischem Recht ipso iure wirkenden Verteidigungsmittel angewendet wird, vgl. Heymann S. 53 bes. A. 224.

Aktionen. Hierbei sollen nach Heymanns[1]) Untersuchungen zwei Gruppen zu unterscheiden sein:

1. Fälle, in welchen der Praetor oder Aedil die betreffende Prozeßformel von vornherein nur für eine bestimmte Zeit verheißen hatte[2]);
2. Fälle, in denen die zeitliche Beschränkung nicht auf ediktaler Verheißung beruhte, sondern auf der anschließenden interpretatio der Juristen[3]).

Nur ist fraglich, ob für diese Gruppenteilung, bei der sich Heymann Lenel[4]) angeschlossen hat, genügend sicheres Beweismaterial aus den Quellen vorliegt. Richtig ist, daß uns bei einer ganzen Reihe von Edikten die Beschränkung der actiones auf den annus in den Digesten nicht überliefert wird, daß aber die Juristen gleichwohl eine derartige zeitliche Begrenzung mehrfach unbedenklich in ihre Erörterungen einstellen[5]). Aber zwischen diesem Tatbestande und dem von Lenel und Heymann gezogenen Schlusse stehen doch gewisse hindernde Möglichkeiten. Einmal

---

[1]) a. a. O., §§ 5 und 6.

[2]) „*Intra annum*, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, iudicium dabo." — In diesem Falle war der proponierten actio ein für allemal die exceptio annua eingefügt. H. weist dies nach z. B. bei der actio quod metus causa in quadruplum, actio de turba und de vi bonorum raptorum, actio de calumniatoribus. — Die nachweisbaren Zeitbeschränkungen bei den einzelnen Edikten sind zusammengestellt S. 27, A. 89. —

[3]) Bes. Beweisstelle D. (27, 6) 9, 1, wo Ulpian auf die Autorität Labeos verweist. — Nach Lenels [Ed. perp. S. 403] Nachweisung gab es im praetorischen Album ein generelles Schema für die exceptio annua. Prozessual spielte sich dann der Vorgang so ab: Bei der editio formulae seitens des Klägers [an dessen Verpflichtung zum edere trotz Schott festzuhalten ist: Klingmüller in krit. Vierteljahrsschr. 1905, S. 257 ff.] wurde die exceptio annua noch nicht erwähnt, sondern sie kam erst durch den Praetor bei der Verhandlung in iure in die von ihm bewilligte actio.

[4]) Ed. perp. S. 52, A. 5.

[5]) z. B. in dem D. (9, 3) 1 pr. mitgeteilten Edikt „de his, qui effuderint vel deiecerint" ist von irgend einer zeitlichen Beschränkung der actio nicht die Rede. Ulpian D. eod. 5, 5 erklärt deshalb auch grundsätzlich die actio für eine perpetua, unterscheidet aber davon die actio quae de eo competit, quod liber perisse dicetur und beschränkt diese auf 1 Jahr. Begründung: nam est poenalis et *popularis*. Dazu Ulpian D. (47, 23) 8: Omnes *populares* actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur. —

kann die Überlieferung des Edikts durch die Pandektenjuristen zum Teil ungenau sein, indem sie ständige Zusätze wie die exceptio annua als selbstverständlich für die Leser ihrer Zeit wegließen; ferner ist zu bedenken, daß die exceptio annua, allmählich stereotyp geworden, wohl vielfach durch „literae singulares“ ausgedrückt wurde, woraus sich leicht die Möglichkeit des Missverständnisses oder der Fortlassung ergab[1]).

So ist kaum anzunehmen, daß in dem in der Anmerkung mitgeteilten Falle der actio de effusis vel ejectis Ulpian zu der zeitlichen Begrenzung dieser Klage bei Tötung eines Freien ohne Anhalt im Edikt lediglich im Wege der Abstraktion gelangt sei; wahrscheinlich ist, daß die Annalität der actiones populares insgesamt allgemein im praetorischen Edikt verordnet war[2]). Aber selbst wenn man der erwähnten Zweiteilung folgt, ist doch auch bei der zweiten Gruppe die prozessuale Lage so zu denken, daß die exceptio annua ohne besonderen Antrag des Beklagten in die Formel inseriert wurde, daß mithin die honorarische Temporalität in jedem Ealle *von Amtswegen* berücksichtigt wurde. So das Ergebnis, zu dem Heymann[3]) gelangt.

Weiter ist wichtig festzustellen, auf welche Weise dieses praetorische Institut der Annalität zur Durchführung kam. Welches war der Grund der einjährigen Befristung? Wann sollte der annus zu laufen beginnen? Wie vollendete sich der Zeitablauf? —

Die einjährige Befristung ist mehrfach von altersher bis in die neuere Zeit in Verbindung gebracht worden mit dem praetorischen Amtsjahre. Bereits die Verfasser der Justinianischen Institutionen geben den Gaianischen Worten „eas vero [sc. actiones] quae ex propria ipsius [sc. praetoris] iurisdictione *pendent* plerumque intra annum dare[4])“ die Begründung bei: „nam et ipsius praetoris

---

[1]) Karlowa, R. Rgsch. II. S. 974 f. weist darauf hin, daß sich im Cod. Einsidl. die litterae „*S. N. P. Q. A.* D.“ finden, aufzulösen = si non plus quam annus est [statt D. „E.“].

[2]) Auch Wlassak, Edikt und Klageform S. 84 A. 19 zweifelt, ob der allgemeine Ausspruch Ulpians nur ein durch Abstraktion gewonnener Satz oder etwa im Album verzeichnet war.

[3]) S. 45.

[4]) Gai. IV. 110.

intra annum erat imperium[1])". — Es ist nicht ersichtlich, woher die Institutionenverfasser diesen Begründungsversuch entlehnt haben; da sonst bei keinem anderen römischen Juristen eine derartige Erklärung des annus der honorarischen Temporalklagen zu finden ist, dürfte sie aus den recht zweifelhaften rechtshistorischen Kenntnissen der Institutionenverfasser selbst geflossen sein. Immerhin ist sie in neuerer Zeit wieder aufgenommen worden und zwar von Ubbelohde[2]) auf Grund der Forschungen O. E. Hartmanns in beachtenswerter Ausführung.

Die Frist von einem Jahre für die meisten praetorischen Klagen habe ihren Grund in ihrem Ursprunge aus der Jurisdiktion des Praetors, die sich damit zu dem ius civile mit der grundsätzlich zeitlichen Unbeschränktheit der actiones in direkten Gegensatz gestellt habe; gemäß dieses Ursprunges müsse es „als durchaus selbstverständlich erscheinen, daß die zeitliche Beschränkung der praetorischen Actionen auch der zeitlichen Beschränkung der praetorischen iurisdictio entspreche". — Diese Selbstverständlichkeit erscheint aber doch einigermaßen fragwürdig, wenn man bedenkt, daß selbst actiones poenales vom Praetor in perpetuum versprochen wurden[3]), und daß sich der gleiche Grundsatz zeitlicher Beschränkung bei anderen aus derselben Rechtsquelle geflossenen Rechtsmitteln, den Interdikten gerade nicht findet[4]). So bringt diese angebliche Beziehung zwischen der zeitlichen Beschränkung der öffentlich rechtlichen Iurisdiktion des

---

[1]) Inst. (4, 12) pr., anschließend Theophilus in der Institutionenparaphrase: ἐπειδὴ καὶ αὐτὸ τοῦ πραίτωρος ἔδικτον μέχρι ἐνιαυτοῦ ἴσχυε πάλαι.

[2]) „Über die Berechnnng des tempus utile der honorarischen Temporalklagen." (1891.) bes. S. 20f. 31. 34f.

[3]) z. B. die actio de effusis vel eiectis nach D. (9, 3) 5, 5, die actio servi corrupti nach D. (11, 3) 13 pr., die actio in factum gegen nautae nach D. (4, 9) 7, 6. — Demelius, S. 29 erklärt diese Ausnahmen zutreffend aus der Anlehnung der praetorischen Rechtsbildung an das Volksrecht, insbesondere an das damnum iniuria datum der lex Aquilia.

[4]) Wir kennen nur 3 auf einen annus utilis beschränkte Interdicte: interd. de vi non armata nach D. (43, 16) 1 pr. und 39 und Cic. pro Tull. 19, 44; interd. quod vi aut clam nach D. (43, 24) 15, 5; interd. fraudatorium nach D. (42, 8) 10 pr. u. 18.

Praetors und ihren prozeßrechtlichen Ausflüssen nach allgemeiner Betrachtung keine Erklärung und ist demnach unverwertbar[1]).

Ubbelohde kommt aber auch selbst bei der näheren Verwertung dieses praetorischen Amtsjahres für die Berechnung des annus der einzelnen actiones in erhebliche Schwierigkeiten. Eigentlich wäre es folgerecht gewesen, die Zeitdauer dieser honorarischen Klagen mit der des Amtes in Einklang zu bringen, also die Klagen mit dem Amtsjahr ohne weiteres erlöschen zu lassen. Das hätte eine unerträgliche Rechtsungleichheit bewirkt, je nachdem zufällig ein Anspruch in einem früheren oder späteren Augenblicke des Amtsjahres zur Entstehung gelangte, oder auch eine direkte Versagung des Rechtsschutzes, wenn ein Anspruch erst so spät entstand, daß er in diesem Amtsjahre nicht mehr zur litis contestatio gebracht werden konnte. Da habe auch hier „der praktische Sinn der Römer“ einen vermittelnden Ausgleich gefunden. Jedem Anspruche, dem lediglich das Edikt Rechtsschutz verhieß, sei *ohne Rücksicht* auf den Ablauf des Amtsjahres, in welchem er entstanden war, ein volles natürliches Jahr lang die Verwirklichung des verheißenen Schutzes gewährt worden; um Rechtsungleichheiten zu vermeiden, habe man die Frist mit der experiundi potestas, d. h. mit der rechtlichen Möglichkeit der litis contestatio, beginnen lassen. So sei dieser annus utilis der honorarischen Temporalklagen *an die Stelle* des Amtsjahres des Praetors getreten, und so sei es klar, daß die gewöhnliche Auffassung desselben als eines tempus utile ratione *cursus* unhaltbar sei, denn die Amtszeit des Praetors sei ein tempus continuum gewesen[2]).

[1]) So schon Vinnius ad tit. Inst. de perpet. et tempor. act. — E. Schrader ad eund. tit. nennt die Begründung mit dem praetorischen Amtsjahr „rationem . . . parum probabilem,“ Puchta Inst. II, § 208 A. d. einen „müßigen Einfall,“ Keller, Röm. CPr. § 93A. 1168 den behaupteten Zusammenhang „in der Tat unerfindlich“, Demelius, S. 15, A. 4 eine „Hypothese“. Ebenso Arndts in Zschr. f. Civilr. u. Proz. XIV, S. 1ff. §§ 1—32. Karlowa, R. Rgesch. II, 978. Auf der andern Seite schon vor Ubbelohde eingehend Elvers in Themis N. F., Bd. I, Heft 1, S. 127ff., Dernburg, Pand. I, § 145 A. 4 mit nur allgemeiner Wendung: „diese Klagen sind ephemer, wie sie schon von einer ephemeren Gewalt ausgehen“; Leonhard, Inst. S. 517, Biermann in Zschr. d. Sav.-St. XIII, S. 384.

[2]) So zusammenfassend Biermann in der Besprechung a. a. O.

Diese Ausführungen mit ihrem Festhaltenwollen an dem praetorischen Amtsjahr und ihrem unwillkürlichen Abgleiten von dieser Beziehung sind gewiß gekünstelt. Was die Berechnung der einjährigen Frist anbelangt, so genügt es, als Beginn der Frist den Augenblick einzustellen, wo die experiundi potestas zuerst möglich war, eine Verlängerung der Frist aber um die Zahl derjenigen Tage eintreten zu lassen, an denen ein Hindernis für die experiundi potestas vorgelegen hat [1]). In diesem Sinne ist also von dem annus der honorarischen Temporalklagen als von einem tempus utile zu sprechen.

Wenn nun die Beziehung zu dem Amtsjahre des Praetors wegfällt, so ist, da diese zeitliche Beschränkung der Aktionen offensichtlich ein Werk der positiven Gesetzgebung ist, nach anderen und zwar legistatorischen Gründen zu suchen. Diese liegen bei den praetorischen Poenalklagen und ihrem Ursprunge aus dem Begriffe der römischen Privatstrafe [2]) nicht fern: die Rache an dem Übeltäter wird bald genommen, längeres Zögern ist hier dem natürlichen Gefühle der Menschen fremd. Überhaupt aber mag bei allen praetorischen Aktionen die einjährige Frist aus denselben Gründen verordnet worden sein, aus welchen gerade diese Frist in dem rechtlichen Leben aller Völker zu finden ist: es ist die Frist für den Kreislauf der Natur und des bürgerlichen Lebens [3]).

Der rechtliche Charakter dieser Frist und die Wirkung ihres Ablaufs ergibt sich aus der Sache selbst. Nur intra annum hatte der Praetor in seinem Edikt für bestimmte, ihm des rechtlichen Schutzes für würdig erscheinende Verhältnisse einen Kondemnationsbefehl versprochen; wurde die experiundi potestas von dem durch die actio Geschützten innerhalb der gesetzten Frist nicht ausgeübt, so waren nach ungenutztem Ablaufe der Frist nunmehr die Tatsachen, auf die er seine actio hätte gründen können, ebenso irrelevant, als sie es gewesen, bevor das „actionem dabo" im Edikte erschienen war. Das neue Recht sollte eben nur 1 Jahr lang gelten und anerkannt sein, nach Fristablauf ohne weiteres erlöschen. — Ist aber die Wirkung des Fristablaufs so intensiv,

---

[1]) So gegen **Savigny** Syst. IV, S. 421 ff. **Karlowa** II, S. 975 f.

[2]) **Jhering**, Geist I, S. 121 ff. **Huschke**, Gaius, S. 121. 123. 126 f.

[3]) **Karlowa**, S. 979.

dann handelt es sich bei dem Institute der praetorischen Annalität um *keine eigentliche Klagenverjährung,* sondern um *Fälle gesetzlicher Befristungen,* um *sog. Legalfristen.* — Hierauf hat zuerst — soviel ersichtlich — A. Fick[1]) aufmerksam gemacht. Er unterscheidet 3 Arten eigentlicher actiones temporales, i. e. formulae post aliquod tempus denegandae:

1. ex pacto befristete Klagen[2]),
2. ex lege befristete Klagen[3]),
3. praetorische und aedilicische Temporalklagen.

In allen 3 Fällen aber erlösche mit dem Ablaufe des tempus das Recht, es bleibe keine naturalis obligatio zurück. Daher werde vom Praetor die actio denegiert, wenn sich schon in iure der Zeitablauf herausstelle, dagegen exceptio gegeben, wenn bei der Notwendigkeit eingehender Untersuchung diese Frage ins iudicium verwiesen worden sei[4]).

Gleiche Wege — ohne jedoch an Fick anzuknüpfen — schlägt Demelius[5]) ein; auch er betont immer wieder, daß die praetorischen Temporalklagen Fälle gesetzlicher Befristung sind. Hierzu stimmt sinngemäß, daß die dem Klagerechte anhaftende Zeitbeschränkung in den Quellen mit ‚dies actionis' und der Zeitablauf selbst mit ‚diem actionis exire' bezeichnet wird[6]).

---

[1]) Quid intersit, quoad vim tempore in ius exercitam, inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones. — Inaug.-Diss. Marb. 1847.

[2]) Nach D. (17, 1) 29, 6; (44, 7) 44, 1; (45, 1) 56, 4.

[3]) Z. B. die Klagen gegen sponsores u. fidepromissores nach der lex Furia. — Gai. III 121.

[4]) Das ist ganz richtig u. stellt das wirkliche Verfahren im römischen Zivilprozesse dar. Zu verwerten gegen Demelius' Annahme von einer bestimmten exceptio legis Furiae.

[5]) Bes. S. 12 ff. — §§ 3. 4. 7—10. — Anschließend Brinz, Pand. I § 47, S. 165; Unger, Östr. Privatrecht I § 104. — Bekker a. a. O, S. 424 f. — Kuntze, Kurs. S. 477 u. Exkurse S. 468. — Ubbelohde S. 54. — Grawein, Verjährung u. gesetzl. Befristung, S. 7 fg., S. 174 A. 122. — Schäffer in Zschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. IX S. 104 ff.

[6]) D. (4, 6) 1, 1. 21 [verba edicti]; (27, 6) 10 [Gaius]; (36, 1) 49 pr. [Papin.]; (2, 7) 4 pr. u. (5, 1) 28, 4 [Paul]; D. (2, 12) 3 u. (4, 6) 17, 1 u. (13, 5) 18, 1 [Ulp.]. — Demelius führt diese Auffassung in dogmatisch wie historisch gleich vorzüglichen Ausführungen durch, insbes. bei den praetorischen Poenalklagen, der actio de peculio, actio Publiciana rescissoria. Das

Wenn aber der Tag für das Ende dieser praetorischen Aktionen gekommen ist, dann erlöschen sie vollständig, und der nur für eine bestimmte Frist zugesagte gerichtliche Schutz wird dem zu Grunde liegenden Interesse wieder entzogen [1]). Jedenfalls ist bei dieser Sachlage, die sich aus der eigentümlichen Natur des praetorischen Rechtsschutzes ergiebt, kein Raum für das Zurückbleiben einer Naturalobligation; es ist in den Quellen keine Belegstelle auffindbar, die für eine derartige schwächere Wirkung der honorarischen Temporalität verwendbar wäre [2]).

Nun ließe sich denken, daß das römische Recht von einer gesetzlichen Befristung der Actionen zu einer bloßen Verjährung der Klagen fortgeschritten und so zu einer Mäßigung in der Wirkung des Zeitablaufs gelangt sei, die wohl — wie etwa in sonstigen Fällen bloßen Klagenverlustes — Raum gelassen habe

---

Bestehenbleiben einer naturalis obligatio wird für undenkbar erklärt und darauf hingewiesen, daß gegen den Untergang der Strafklagen durch Fristablauf keine Restitution gegeben werde [D. (4, 4) 37; C. (2, 53) 18], u. dies auf die austilgende Kraft der Poenalverjährung zurückgeführt. Dieser korrespondierenden Negierung von restitutio u. naturalis obligatio entspricht übrigens positiv das Zusammentreffen beider Institute, um die z. T. unbilligen Folgen der capitis deminutio minima, das liberari *occasione* iuris zu paralysieren: einmal restitutio in integrum „quasi id factum non sit", dann Annahme des Bestehenbleibens einer naturalis obligatio. Vgl. D. (4. 5) 2.— Dagegen hätte es wenig Zweck gehabt, nach Ablauf des annus bei der actio de peculio noch das Zurückbleiben einer naturalis obligatio des dominus anzunehmen, da ja eine solche von vornherein in Hinsicht auf den servus bestand. Daher Ulpian D. (15, 2) 1, 3: *sufficiebat* usque ad annum produci obligationem; u. African. D. (46, 1) 21, 2: die obligatio, quae intra annum est, wird ausdrücklich unterschieden von der obligatio naturalis des servus.

[1]) Paulus in D. (44, 7) 6: in omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non *finit obligationem*.

[2]) Vgl. Dahn S. 21—25. — Dahn legt hier — wie auch sonst — Wert auf den Gebrauch des Wortes „obligatio" u. folgert aus den Zusammensetzungen mit exstinguere, finire u. a. auf die von den römischen Juristen angenommene stärkere Wirkung des Fristablaufs. Doch kann der Gebrauch des Wortes „obligatio" mit negativem Zusatze allein nicht entscheidend sein. Häufig wird in den Quellen die Möglichkeit einer Obligierung des *servus* geleugnet, während doch andererseits gerade die Entwicklung der naturalis obligatio im römischen Rechte bei der obligatio servi ansetzt. — Vgl. Gai. III 104. 176. 179. — Inst. (3, 19) 6. — D. (44, 7) 14 u. 43; (50, 17) 22 pr. — (4, 5) 3, 1. —

für das Zurückbleiben einer Naturalobligation. Tatsächlich ist mehrfach ein derartiger Entwicklungsgang des römischen Rechts behauptet worden, und man hat in längeren historischen und dogmatischen Ausführungen auf den prinzipiellen Gegensatz zwischen vortheodosianischer Legalbefristung und nachtheodosianischer Klagenverjährung hingewiesen. Zuerst hat wieder Fick[1]) diesen Gegensatz verwertet, um je nach Temporalität oder Verjährung das Bestehenbleiben einer naturalis obligatio zu verneinen oder zu bejahen. Bald nach ihm hat auch Demelius[2]) den Gegensatz scharf praezisiert, um nachzuweisen, daß bei den actiones temporales des praetorischen oder aedilicischen Rechts von einer Unterbrechung des Fristenlaufs wie bei der Verjährung nicht die Rede sein könne. *Zeitlich* soll nach Demelius die Klagenverjährung „im Sinne des Justinianischen Rechts" erst unter den christlichen Kaisern ins Recht gekommen sein, zwar als ein neues Rechtsinstitut, aber unmittelbar sich anschließend an das uralte der Ersitzung, an ihm erwachsen und herausgebildet; *sachlich* soll dann in der durch Theodosius II. eingeführten allgemeinen Klagenverjährung, gleich mit welcher Frist, insofern ein neues Rechtsinstitut vorliegen, als die Wirkung dieser Verjährung, innerhalb der gegebenen Fristen in Rücksicht auf das passive Verhalten des Berechtigten sich vollendend, weniger intensiv noch eine naturalis obligatio übrig gelassen habe[3]).

---

[1]) a. a. O., bes. p. 46 squ.

[2]) a. a. O., §§ 11—13.

[3]) Historisch knüpft Demelius die Theodosianische Klagenverjährung zutreffend an die longi temporis praescriptio an; ihm hierin folgend u. weiter ausbauend Heymann § 8. — Dagegen sind die dogmatischen Ausführungen von Demelius, insbes. die Verwendung der longi temporis praescriptio zu Gunsten der aus der Theodosianischen Verjährung sich ergebenden schwächeren Wirkung, z. T. gekünstelt und nicht überzeugend. Bekker a. a. O. S. 435 frägt mit Recht: „Ließ diese [sc. longi temp. praescr.] vielleicht von der actio in rem, die sie betraf, eine Naturalobligation, die Möglichkeit zur Novation u. Kompensation fortbestehen? Was niemand je behauptet hat." — Hatte sie absolute anspruchvernichtende Wirkung, so müßte doch conscinner Weise die sich ihr anschließende neue Klagenverjährung die gleiche starke Wirkung haben. — Beigetreten ist diesen Ausführungen von Demelius — soviel ich sehe — nur Brinz a. a. O. 847 u. Ubbelohde S. 54 f., der aber annimmt, daß die honorarische Annalität mit ihrem Wesen als gesetzliche Befristung noch bis in die Zeit der *späteren*

Eine solche Auffassung müßte sich irgendwie in der Ausdrucksweise derjenigen Konstitutionen wiederspiegeln, welche die Einführung der neuen Klagenverjährung oder deren Verhältnis zu dem früheren Zustande behandeln; denn der Unterschied wäre wohl wichtig genug gewesen, um irgend einmal hervorgehoben zu werden. Demelius kann in der bekannten constitutio Theodosius II.[1]) wieder nur Anklänge und Überleitungen von der longi temporis praescriptio entdecken und hebt als verbindenden Gedanken das Sichverschweigen im Rechte hervor[2]). Es enthalten aber die einschlägigen Konstitutionenstellen, vorurteilslos gelesen und ungezwungen interpretiert, von einer plötzlichen Änderung in der Wirkung der Verjährung nichts als das Gegenteil.

Theodosius l. c.: Hae autem actiones annis triginta continuis *extinguantur*, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus [fixis] temporibus limitantur.

Es soll also nach Ablauf der 30 Jahre eine „extinctio" des Rechts eintreten, offenbar auf dieselbe Weise und mit derselben Wirkung wie diejenige der alten Temporalklagen. Darüber ist der Kaiser nicht im Zweifel; denn er bedient sich folgender Wendungen:

... actiones triginta annorum iugi silentio ... *vivendi* alterius *non* habent *facultatem;*

und zum Schlusse nochmals einschärfend:

Post hanc vero temporis definitionem *nulli* movendi ulterius facultatem patere censemus ...[3])

Kaiser festgehalten worden sei, sich erst unter *Justinian* in eine „wahre Verjährung" umgewandelt habe [wegen Unterbrechung durch Zustellung des Klaglibells auf Grund von Cod. (7, 40) 3, 3.] — Gegen Demelius auch Schwanert, Naturalobl. S. 467 fg. —

[1]) C. Theod. (4, 14) c. un. tit. de action. certo temp. finiendis. — C. Just. (7, 39) 3. —

[2]) ... Quae — ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum *iugi silentio* ... Quae —, triginta annorum devoluto curriculo, *tradita oblivioni ex diuturno silentio* comprabantur .... tempora, quae — *iugi taciturnitate* fluxerunt.

[3]) Dahn S. 13 ff. — Heymann S. 54 ff., der zutreffend darauf hinweist, daß dem Kaiser Theodosius sämtliche älteren Fälle der — honorarischen u. kaiserlichen — Temporalität als ganz einheitliches Institut vorschwebten, u. er nicht eigentlich ein neues Institut schaffen, sondern nur ein bereits vorhandenes erweitern wollte. — Zustimmend Windscheid, Pand. I § 106 A. 2.

Auch die nachfolgenden Kaiser haben ohne Bedenken dieselbe Auffassung von der absoluten Wirkung des Fristablaufs vertreten.

So Valentinian III.[1]):

> ... post triginta annorum curricula nulla deinceps ***actio*** moveatur. Et ***negotium***, de quo per expressa tempora solemniter nemo pulsavit, novum nemo proponat ... ut post triginta annos perniciosa omnium causarum propositio conquiescat.

Hier ist besonders beachtenswert die ausdrückliche Hervorhebung des ‚negotium' als eine auf das materielle Recht gehende Bezeichnung gegenüber der ‚actio'. Als Wirkung des Fristablaufs soll nicht bloß der Verlust dieser ‚actio' eintreten, sondern überhaupt die Unmöglichkeit, das unterliegende negotium selbst irgendwie noch einmal geltend zu machen (etwa compensando oder mit sonstiger einer naturalis obligatio zukommender Wirkung).

Schließlich Anastasius:[2])

> ... cunctas quidem temporales exceptiones, quae ex vetere iure vel ex principalibus decretis descendunt ... *cum suo robore* durare et suum cunctis et reliq ...

Möglich, daß nach Erlaß der Theodosianischen Verordnung in der Praxis irgendwelche Zweifel hervorgetreten sind; doch diese constitutio läßt keinen Zweifel mehr: die alten exceptions temporales bestehen in unverminderter Kraft fort, sie werden in ihrer Wirkung gleichgesetzt den aus dem Kaiserrecht stammenden Verjährungseinwendungen.

So ist, was die Wirkung des Fristablaufes anbelangt, ein prinzipieller Gegensatz zwischen vor- und nach-theodosianischer Klagenverjährung nicht aufzufinden. Nicht anders steht es, wenn wir den Lauf der Frist selbst und deren Berechnung näher ins Auge fassen.

Nach einfacher logischer Überlegung müßte man sagen: ist für eine actio ein tempus verordnet, so kann dieses tempus nicht zu laufen beginnen, ehe die actio vorhanden ist. Diese Schlußfolgerung erscheint juristisch verwertet in der Verjährungslehre

[1]) Novell. Valent. tit. XXVI § 3, m. W. zuerst von Dahn S. 17 in diesen richtigen Zusammenhang gestellt.

[2]) C. Just. (7, 39) 4 [a. 491]. Vgl. auch Justinian in C. (7, 40) 1, 1 d.

gewöhnlich als erste Voraussetzung für den Beginn der Verjährung: actio nata. Nach rechtshistorischer Betrachtung ergiebt sich auch diese Schlußfolgerung nicht ohne weiteres, sie ist — wie manche andere in der Jurisprudenz — erst allmählich entstanden. Das praetorische Edikt gab in seiner knappen Fassung wenig Aufschluß über den Augenblick, in welchem der Lauf der Frist einsetzen sollte; in diese Lücke trat wieder als wahre „Vermittlerin" zwischen der notwendig strikten Fassung des Rechtssatzes und den Erscheinungen des vielgestaltigen Lebens die „interpretatio" der römischen Juristen [1]). Sie verwenden den Begriff der actio nata bei der praetorischen Annalität noch nicht, wiewohl das recht nahe gelegen hätte, vielmehr beschränken sie sich darauf, mit dem Begriffe der experiundi potestas und dessen — oft genug über die ausdrücklichen Ediktsworte hinausgehender — Erweiterung zu operieren. Gleichwohl hat — was die Sache selbst betrifft — schon Demelius darauf hingewiesen, daß der spätere Begriff der actio nata auch für die ältere Verjährung des römischen Rechts *genau dieselbe Bedeutung* hat, wie für die Theodosianische. Also auch hier beim Einsetzen des Fristenlaufs kein wesentlicher Unterschied.

[1]) Z. B. die Ediktsworte über die actio Pauliana D. (42, 8) 1 pr.: Ait praetor: ‚Quae frauditionis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra *annum*, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo . . .' Da kein anderes Factum hier genannt wird als das gestum frauditionis causa, so hätte eigentlich der Lauf des annus einsetzen müssen mit dem Abschlusse des fraudulosen Rechtsgeschäfts; aber diese Eigenschaft des Rechtsgeschäfts, die betrügerische Beeinträchtigung der Gläubiger ließ sich erst nach stattgefundener venditio bonorum des Schuldners feststellen. Daher unbedenklich Ulpian D. eod. 6, 14: Huius actionis annum computamus *utilem*, quo experiundi potestas fuit, *ex die factae venditionis*. Die »*Utilität*« des tempus liefert dem Juristen genügende Begründung für diese weite Auslegung; die interpretatio ist durchaus benigna für den verletzten Gläubiger, da die causa frauditionis als Voraussetzung der actio Pauliniana erst feststellbar ist von dem dies venditionis an. — Ebenso wird nach Julian u. Ulpian der annus bei der actio de peculio, falls sie bedingt, ‚non ex quo emancipatus est', gerechnet, sondern ex quo peti potuit *conditione existente*. D. (15, 2) 1, 2. — Demelius S. 51 ff. Auf diesem Felde spielte sich die interpretierende Tätigkeit der römischen Jurisprudenz ab; nicht nach der Richtung positiver Fristsetzung hin, wie Heymann will; das war u. blieb Sache der positiven Gesetzgebung.

Aber auch der weitere Lauf der Frist gibt nahe Beziehungen zwischen der praetorischen Annalität und der Theodosianischen Verjährung. Die Berechnung des annus als tempus utile will besagen, daß in die Frist nicht diejenigen Tage eingerechnet werden, an denen eine experiundi potestas für den Klageberechtigten nicht besteht. Als derartige Hinderungsgründe kommen in Betracht: 1. Behinderung des Klageberechtigten in eigener Person, z. B. Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit in Staatsgeschäften, Unwetter u. dgl.; 2. Abwesenheit des Gegners ohne genügende Vertretung; 3. Hindernis in der Person des Jurisdiktionsmagistrats[1]). Demnach bedeutet die utilitas temporis im letzten Grunde nichts anderes als eine Hemmung des Fristenlaufs[2]); es liegt also dieselbe Erscheinung vor, die bei dem Institut der Verjährung ‚praescriptio dormiens' bezeichnet wird. Denn es ist nur ein anderes Bild zur Bezeichnung desselben Zustandes, wenn bei dem Ruhen der Verjährung gesagt wird: der Lauf der Frist wird durch diejenigen Umstände, welche das experiri oder peti posse[3]) unmöglich machen, gehemmt. Dogmatisch betrachtet liegt also dieselbe rechtliche Erscheinung vor; positivrechtliche Unterschiede bestehen nur in der anderweitigen Normierung und speziellen Ausbildung der Hemmungsgründe. Es liegt das auch daran, weil die praetorische Annalität doch rein prozessuale Wurzeln hat: keine Zeitdauer für die actio im materiellen Sinne, sondern eine Zeitfrist für das Ansuchen um eine versprochene Klageformel[4]). Die actiones standen dem Berechtigten nicht ipso iure zu, sondern mußten ihm erst vom Magistrat gewährt werden. Nach Abkommen des Formularprocesses erfolgt die Entwickelung der Verjährungsidee mehr nach der materiellen Seite, und so auch der Hemmungsgründe.

So läßt sich in der Entwickelung der Verjährungsidee des römischen Rechts wenig von principiellen Gegensätzen, nichts von einer plötzlichen Änderung der leitenden Gedanken entdecken.

---

[1]) Vgl. Savigny, Syst. IV., S. 421 ff. Karlowa, R. Rgesch. II, 975. Windscheid, Pand. I, § 104.

[2]) So Schwalbach in Jherings Jahrb. Bd. XX, S. 265 ff.

[3]) Beide Ausdrücke werden mehrfach von den römischen Juristen promiscue gebraucht; daß sie begrifflich nicht immer congruent sind, hebt Karlowa a. a. O., S. 976 f. hervor.

[4]) So die vorzügliche Formulierung von Demelius, S. 55.

Auch hier geht die römische Rechtsentwickelung nicht sprunghaft oder plötzlich, sondern wie allmähliches Wachstum vorwärts. Nicht verwunderlich, daß auch die Rechtsbegriffe ineinander fließen. Deswegen haben auch Fick, Demelius, Brinz, Grawein, Ubbelohde mit ihrem strengen Auseinanderhalten von gesetzlicher Befristung und Verjährung mehr dogmatisch, als historisch recht, wenigstens in Rücksicht auf das römische Recht. Förderlicher ist es, erst der tatsächlichen Rechtsbildung nachzugehen; nach deren Erkenntnis können die für die Rechtssystematik erforderlichen Begriffe aufgestellt werden. Tut man den zweiten Schritt vor dem ersten, so verliert man leicht die Verbindung mit dem wirklichen Leben und gelangt auf naturrechtlichen Schwingen in den Begriffshimmel der Jurisprudenz. Es kann zunächst mit Bekkers Worten geschlossen werden: „Solche nachträglich erfundene Grundtypen sind Verjährung und Legalbefristung, und es ist beinahe selbstverständlich, daß die in Angriff genommene Gruppenbildung sich nicht glatt durchführen läßt, manche Gebilde auf der Grenze stehen, manche die wir aus überwiegenden Gründen dem einen Typus zusprechen zu sollen glauben, doch zugleich charakteristische Merkmale des anderen zeigen [1].“

Aber noch außerhalb der Diskussion und noch unberücksichtigt blieben einige Quellenstellen, welche das infolge des Zeitablaufes erloschene Recht zwar nicht vom Untergange retten können, aber wenigstens dessen Accessionen zu Hilfe zu kommen scheinen.

Zunächst eine Stelle von Ulpian D. (13,5) 18, 1 (lib. 27 ad ed.):

Quod adicitur: „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. nam primum illud efficit, ut, si quid tum debitum fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Dem Texte nach steht das Fragment so fest [2]; freilich glaubt

[1]) Pand. I § . . . .

[2]) Die Florentina hat nur „soliturum“ statt „soluturum.“

Savigny[1]) eine Veränderung des Textes durch die Kompilatoren annehmen zu müssen, da Ulpian selbst überall nicht von der Klagenverjährung, sondern vom Ablaufe der Frist bei der lex Furia gesprochen habe, und die Kompilatoren die temporalis actio nur in die Stelle hineingeflickt hätten. Diese Interpolation ist — wie manche in der neuesten Literatur behauptete — völlig beweislos[2]); das Fragment spricht mit genügender tatsächlicher und juristischer Klarheit, sodaß seine Ausdrucksweise an keinem Punkte anstößt. — Ulpians Sätze umfassen doch zweierlei:

1. für die *Begründung* eines Constitutum ist das Vorhandensein eines debitum unbedingtes Erfordernis;
2. für seine *Fortdauer* nicht, es kann auch ohne debitum weiter wirksam fortbestehen.

Diese Sätze werden beispielsmäßig durch den Hinweis auf den Ablauf des tempus obligationis (s. actionis) und im Anschlusse besonders an Julian belegt: Möglichkeit eines vor Ablauf des tempus eingegangenen constitutum, in welchem die Erfüllung nach dessen Ablauf versprochen wird. An dem Satze zu 1. hält Ulpian ohne Ausnahme und Modification fest, er kann sich in seinem Ediktskommentar nicht über die ausdrücklichen Worte des Praetors hinwegsetzen, der sagt: „qui pecuniam *debitam* constituit[3]).“ Die plenior interpretatio, deren sich Ulpian be-

[1]) Syst. V, S. 401 ff. Bes. dagg. Demelius, S. 74 ff. Dahn, S. 34 ff.

[2]) Savigny ist durch seine vorgefaßte Meinung von der schwächeren Wirkung der Verjährung zu dieser Ausflucht gelangt. Er meint, daß sich Ulpian, beziehe man das Fragment auf die Klagenverjährung, halb für die eine, halb für die andere der (über den Bestand der naturalis obligatio) streitenden Parteien erklären würde; immerhin gibt er doch zu, unwidersprechlich im Hintergrunde liege der nicht ausgedrückte Satz, daß das constitutum ungiltig sei, wenn es geschlossen werde erst nach dem Zeitpunkte, mit welchem die erste Obligation aufgehört hat. Weder Halbheiten sind bei Ulpian zu finden, sondern nur feste Grundsätze; noch kann man sagen, daß sie im Hintergrunde stehen, da sie klar genug ausgesprochen sind. Scharf, aber gerechtfertigt gegen die grundlose Annahme von Interpolationen Bekker S. 428: „Dieselbe Methode vermöchte alle beweiskräftigen Stellen des Corpus juris ohne weiteres zu beseitigen, eine dreiste Behauptung erklärt das Quellenzeugnis zugleich für unecht und ungültig.“

[3]) Über die Ediktsworte vgl. Lenel, ed. perp. S. 197 ff. Karlowa, R. Rgesch. II, 1373.

fleißigt, und die dem Wesen wie Zwecke des Constitutum gut entspricht, überschreitet nicht die festgestellten Grenzen. War doch das Constitut ursprünglich mehr dazu bestimmt, die Erfüllung einer bereits bestehenden Schuld festzusetzen, weniger ein neues selbständiges Versprechen hervorzubringen, weshalb auch diese Festsetzung einer besonderen Erfüllungszeit den Grund für seine weitere Ausgestaltung und praktische Verwendbarkeit bildete[1]). Darüber aber sind sowohl Ulpian, wie seine Gewährsmänner Celsus und Julian, letzter Hand auch Savigny selbst einig: nach Ablauf des tempus obligationis keine Möglichkeit mehr, ein giltiges Constitutum zu begründen. Denn es bleibt nichts übrig, was als dessen — wenigstens theoretische — Grundlage hätte gedacht werden können; ausdrücklich wird von einem „nunc non debitum" gesprochen. Damit ist auch die Beweiskraft des Fragments für die starke Wirkung des Zeitablaufes festgestellt. Hätten die römischen Juristen eine naturalis obligatio nach Fristablauf bei den Temporalklagen angenommen, es wäre ihnen, vor allem Julian, dem hervorragenden Förderer dieses Rechtsgedankens, nicht schwer geworden, auch dieses „natura debitum" unter das debitum überhaupt mit einzurangieren. Auch sagt derselbe Ulpian in demselben 27. Buche seines Edictskommentars anläßlich der Erläuterung der Worte: Qui pecuniam debitam constituit" ausdrücklich: „Debitum, autem vel natura sufficit." Der Jurist hätte den Widerspruch gescheut, das eine Mal von einem „natura debitum," das andere Mal von einem „non debitum" kurz nacheinander zu sprechen, falls er nur eine schwächere Wirkung des Zeitablaufs im Sinne gehabt hätte.

Eine zweite hier zu besprechende Stelle stammt von Paulus D. (46, 1) 37 lib. 17 ad Plaut.:

> Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est.

---

[1]) Ulpian, D. (13, 5) 3, 2 referiert die Ansicht Labeo's über die Entstehung des Constitutum: vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt (obligatio in diem), constituta introducta: quam sententiam non invitus probarem. Die sachgemäße Entwicklung ging über die verbindliche Kraft der Festsetzung eines dies hinaus.

Die Versuche, auch die Beweiskraft dieser Stelle für die intensive Wirkung des Zeitablaufs zu beseitigen, können längst als abgetan gelten[1]). Paulus' Ausführungen decken sich durchaus mit dem Ulpianischem Fragment: kein zu denkendes obligatorisches Etwas bleibt nach Ablauf der Verjährungsfristen übrig; zu diesem Nichts kann daher auch keine fidejussio hinzutreten, eine Sicherungsmöglichkeit, die doch gerade der naturalis obligatio von den römischen Juristen vor Paulus und von ihm selbst[2]) ohne Bedenken gewährt wurde.

Die dritte Stelle rührt aus etwas früherer Zeit her, von Africanus D. (46, 3) 38, 4 — lib. 7 Quaest. —:

> Si quis pro eo reverso fidejusserit, qui, cum rei publicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fidejussor liberetur? quod Juliano non placebat, et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit: sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occiderit.

Der Mangel einer klaren Darstellungsgabe, im allgemeinen bei Africanus zu beobachten, zeigt sich auch in dem vorliegenden Fragment; manches bleibt dunkel, sodaß die aus der Stelle sich ergebenden Folgerungen nicht völlig sicher sind[3]). Es soll ein Schuldner von der actio liberiert worden sein, und zwar während seiner Abwesenheit in Staatsgeschäften; die actio muß eine tem-

---

[1]) Früher glaubte man, Paulus habe eine obligatio ad tempus constituta im Sinne gehabt, vgl. Dahn, S. 26f. Savigny, Syst. V, S. 398 sucht den Grund der Entscheidung in dem error, sich beziehend auf den Ablauf der Verjährung: der in Anspruch genommene fidejussor könne sich dann mit der temporis praescriptio verteidigen, der freilich bei Nichtvorhandensein des error die replicatio doli entgegenstände. Brinz, Pand. I, S. 163 kritisch wie immer: dann wäre doch die fidejussio ulla, während sie doch nulla sein soll. Widerlegungen bei Bekker a. a. O., S. 429. Schwanert, S. 459.

[2]) Vgl. D. (12, 6) 13.

[3]) Aeltere Interpretationen bei Heimbach in Linde's Zeitschr. f. Civilr. Bd. I Heft 3 S. 444 f. u. Burchardi, Wiedereins. i. d. v. St. S. 529 f. Den richtigen Weg hat Büchel, Civilr. Erört. Bd. I S, 68 f. gewiesen. Ähnlich Bekker S. 431 u. Dahn S. 29 f. — Unzureichend Schwanert S. 459.

poralis[1]) gewesen sein, da „actione liberari" ein gewöhnlicher Ausdruck für das Erlöschen des Klagerechts durch Fristablauf ist. Wenn die Hauptverbindlichkeit erlischt, so auch die Bürgschaft als accessorisches Rechtsverhältnis; aber es gibt noch eine Möglichkeit, beide Verbindlichkeiten wieder aufleben zu lassen, nämlich durch nachgesuchte restitutio in integrum ex capite absentiae innerhalb eines annus utilis[2]). — Diese Möglichkeit und diesen annus hat Africanus im Sinne, er hätte das nur klarer ausdrücken sollen. Nach Rückkehr des Schuldners beginnt der annus zu laufen und läuft ungenutzt ab (praeterit), d. h. der Gläubiger beantragt keine Restitution gegen den zurückgekehrten Schuldner. Frage: wird auch der Bürge durch diesen Zeitablauf ohne weiteres frei? — Grundsätzlich gewiß; aber Julian nimmt den Fall aus, daß innerhalb des annus keine experiundi potestas in Hinsicht auf den Bürgen vorlag; dann gibt es noch Restitution gegen diesen, wie im Falle schuldhafter Vernichtung des geschuldeten Gegenstandes durch den fidejussor. — Letztenfalls ist also hier möglich, daß die wiederherstellbare Bürgschaftsverpflichtung die endgiltig abgestorbene principalis obligatio noch eine Zeit lang überlebt. Sie ist so als accessorisches Rechtsverhältnis eigentlich ohne Stützpunkt, und man könnte eine naturalis obligatio, die nach Fristablauf von der principalis obligatio noch zurückgeblieben ist, als Trägerin der Bürgschaftsverpflichtung denken. Aber davon hören wir nicht einmal andeutungsweise etwas; Paulus weist einen solchen Gedanken in dem eben besprochenen Fragment D. (46, 1) 37 direkt ab, indem er die Möglichkeit verneint, eine fidejussio für eine verjährte Schuld einzugehen. Im vorliegenden Falle ist das Überleben der Bürgschaftsverpflichtung nur möglich auxilio praetoris. An sich ist die actio ex stipulatu gegen den Bürgen durch den Fristablauf erloschen, weshalb es *besonderer Rechtsmittel* bedarf, um in

---

[1]) Nicht notwendig nur eine mit tempus continuum (z. B. querela inoff. test.), wie Büchel will: Restitution ist auch möglich bei actiones mit tempus utile, also auch bei honorarischen Temporalklagen. Nach Ubbelohde S. 44 f., weil der annus utilis erst von der Zeit läuft, wo experiundi potestas vorhanden war, dann aber continue; nach Karlowa II S. 976, weil die Tage ohne experiundi potestas zwar dem annus zugerechnet wurden, selbst aber keine utiles dies zu sein brauchten.

[2]) Verba edicti: D. (4, 6) 1, 1. —

diesem Ausnahmefalle die — vielleicht harten — Folgen eines rechtlichen Grundsatzes zu brechen [1]). —

Bisher also war keine Quellenstelle des klassischen Rechts für die Auffassung zu verwerten, daß für Obligationen, deren Frist zur gerichtlichen Geltendmachung abgelaufen ist, accessorische Sicherungsobligationen ohne weiteres aufrecht erhalten bleiben; demnach lag weder eine Notwendigkeit noch eine Möglichkeit vor, im Wege theoretischer Konstruktion eine naturalis obligatio zur Aufrechterhaltung der Sicherungsobligation anzunehmen. — Doch zum Schlusse dieser Übersicht muß bekannt werden, daß in zwei, mehrere Jahrhunderte auseinanderliegenden Kodexstellen [2]) mit ebenso kurzen, wie unzweideutigen Worten der Fortbestand des Pfandrechts auch nach Erlöschen der Hauptklage durch Fristablauf anerkannt ist, und zwar sowohl für die Zeit vor wie nach Einführung der Theodosianischen Klagenverjährung. In Rücksicht auf die accessorische Natur des Pfandrechts wäre aus dieser Schwierigkeit, die doch mit Grundsätzen von dem Wesen des Pfandrechts zu kämpfen hat, am besten herauszukommen, wenn man eine Naturalobligation als Stützpunkt für das hinzutretende Pfandrecht annehmen würde. So sind auch diese beiden Kodexstellen, besonders die letztere, die Hauptstützpunkte derjenigen gewesen, welche die schwächere Wirkung der Verjährung verteidigten. Jedenfalls läßt sich an diesen beiden Gesetzesstellen nicht deuteln: die actio hypothecaria kann nach verjährter Hauptklage noch mindestens 10 Jahre lang fortbestehen.

---

[1]) Übereinstimmend mit der konkreten Rechtsfolge des vorliegenden Falles auch das Fragment African's aus dem vorhergehenden (6.) Buche seiner Quaestionen D. (46, 8) 25, 1, aus welchem sich klarer ergibt, daß post tempus liberato iam debitore kein debitum zurückbleibt, auch kein solches, auf das sich die ratihabitio des dominus gegenüber dem procurator beziehen könnte. — Daß schließlich Africanus eine naturalis obligatio als Grundlage für die Aufrechthaltung einer fidejussio recht gut kennt, ergibt sich aus einer Stelle, die demselben 7. Buche seiner Quaestionen entstammt: D. (46, 1) 21, 2. —

[2]) C. (8, 31) 2: Intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota. (a. 240. Gordian). —

C. (7, 39) 7, 1: Quamobrem iubemus hypothecariam persecutionem ... non ultra quadraginta annos prorogari .... In actione scilicet personali iis custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit iustitia. (a. 525. Justinus).

Zur Lösung der Schwierigkeit ist in der Literatur bereits alles nötige getan worden, nachdem auch hier zuerst Büchel[1]) auf den richtigen Weg gewiesen: der Praetor hatte in seinem Edict die dingliche Pfandklage davon abhängig gemacht, daß die Forderung noch nicht durch Zahlung getilgt, oder der Gläubiger auf andere Weise zufrieden gestellt sei. In Rücksicht auf diese Edictsworte haben die römischen Juristen und Kaiser die Fortdauer der Pfandklage nach abgelaufener Verjährung der Hauptschuld angenommen; denn weder ein „solvere" noch ein sonstiges „satisfacere" war dem Gläubiger gegenüber eingetreten. — Bei diesen Worten des Edicts wurde mehr als einmal von den römischen Juristen eingesetzt, um die actio hypothecaria gegen sonstige Erlöschungsgründe der Hauptobligation zu Gunsten des Gläubigers zu wahren[2]); dann ist es ganz treffend, wenn Marcian erklärt: .... suas conditiones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est. — Die accessorische Natur des Pfandrechts, dieser schöne Grundsatz des Systems, wird mehrfach verdeckt, um die pfandrechtliche Haftung zu Gunsten des Gläubigers aufrecht zu erhalten und gegen die Erlöschungsgründe zu festigen, welche sonst die Hauptobligation bedrohen ohne Befriedigung des Gläubigers. Das alles geschah aber aus rein praktischen Gesichtspunkten ohne Rücksicht darauf, wie die accessorische Natur des Pfandrechts am besten dem System zuliebe gewahrt werden könne, ohne Rücksicht auf eine etwa zurückbleibende naturalis obligatio nach Ablauf der Verjährungsfristen[3]).

So sind Ausgangspunkt und Endpunkt des römischen Rechts bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Verjährungsproblems in der gleichen Wegrichtung geblieben, und Deviationen nicht festzustellen. Die Erklärung ist wohl darin zu finden, daß auch hier der Beginn der Entwicklung auf prozessualem Gebiete lag. Denn

---

[1]) Civilr. Erört. I S. 55 f. Anschließend Vangerow, Pand. § 151: Windscheid, Pand. I § 112 A. 5; Dahn, S. 35 f. — Bekker, S. 421 f. — Schwanert S. 455.

[2]) Folgende Stellen: D. (16, 1) 13, 1 von Gajus; D. (36, 1) 61 pr. und (44, 2) 30, 1 von Paulus; D. (20, 1) 13, 4 von Marcian. —

[3]) Auch das moderne Recht durchbricht mehrfach den Grundsatz von der accessorischen Natur des Pfandrechts, bes. beim Immobiliarpfandrecht; das sind ähnliche Erscheinungen.

das Versprechen des Praetors „intra annum iudicium dabo“ forderte dazu auf, die betreffende Klageformel innerhalb der gestellten Frist zu erbitten; weshalb diese Frist eine rein prozessuale ist. Bei der langen Geltungsdauer des Formularverfahrens, zugleich die Periode der klassischen Ausbildung des römischen Rechts, war eine Verwertung der Verjährungsidee nach der materiellrechtlichen Seite hin, die dann vielleicht zu Gunsten der schwächeren Wirkung erfolgt wäre, nicht möglich. Auch hier bleibt die Entwicklung[1]) des römischen Rechts aus den erkennbaren Grundformen stetig und klar, der Ausbau einfach und klassisch.

II.

Merkwürdig bleibt bei diesem einfachen Entwicklungsgange des römischen Rechts der lebhafte Streit der Meinungen im **gemeinen Recht.** Aber die Geschichte der Kontroverse liegt — wie eingangs betont — kaum ein Jahrhundert zurück; die ältere gemeinrechtliche Literatur ist von ihr noch unberührt. Nur Donellus[2]) beschäftigt sich gelegentlich etwas näher mit dem Gegensatze der actiones perpetuae und temporales, und er versucht auch für das Justinianische Recht nicht bloß einen quantitativen, sondern auch qualitativen Unterschied der älteren und neueren Verjährung nachzuweisen: die actiones temporales des älteren Rechts sollen mit Ablauf des tempus ipso iure erlöschen, dagegen nur ope exceptionis diejenigen actiones, für die erst durch spätere Gesetze die Verjährung eingeführt ist (Theodosianische Verjährung). Diese falsche Behauptung ist natürlich auf den Mangel in der Kenntnis des praetorischen Edikts, in welchem die exceptio temporis gerade für die honorarischen Temporalklagen ständig proponiert war, und des römischen Zivilprozesses zurückzuführen. Den weiteren Schritt, von diesem immer noch formellen Unterschiede zur Annahme einer Naturalobligation nach verjährten actiones perpetuae überzugehen, hat Donellus noch nicht getan; ihm liegt dieser Gedanke noch so fern, daß er den Text der vorhin erwähnten constitutio Gordians C. (8, 31) 2, so wie er vorliegt,

[1]) „wie unsere Sprache so tiefsinnig sagt“. — Dahn, Über den Begriff des Rechts. Rektoratsrede. 1895.

[2]) Comment. XVI, 8, 21 ff.

für verdorben ansieht und ohne weiteres durch Einschiebung eines *„non“* vor durare verbessern will, was natürlich weder in Rücksicht auf die Handschriften, wie auf den Sinn der Stelle zulässig ist. Das verjährte Recht ist ihm so sicher völlig vernichtet, daß auch alle Accessionen hinfällig sein müssen [1]).

Die sogenannte relative Theorie des gemeinen Rechts mit ihrer Auffassung von der schwächeren Wirkung der Verjährung ist also nicht auf dem Boden des römischen Rechts erwachsen; ihre Wurzeln liegen vielmehr einmal in der Verbindung der Verjährungsidee mit dem Rechtsgebilde der Naturalobligation, deren Ausbildung allerdings vollkommen genug im römischen Recht erfolgt war, ferner in rechtspolitischen Erwägungen [2]).

Bei dem Mangel ausdrücklich entscheidender Quellenstellen mußten sich die Vertreter der relativen Theorie entweder auf allgemeine Gesichtspunkte oder auf Analogieen beschränken. Die ersteren suchte man darin zu finden, daß man die exceptio temporis für eine „odio creditorum“ eingeführte erklärte im Gegensatze zu den „in favorem debitoris“ wirkenden Exceptionen. Dieser Gegensatz kommt in den Quellen mehrfach vor; doch er wird mehr beiläufig als grundsätzlich erwähnt. Man legte ihm einmal unzu-

---

[1]) Vgl. Schwalbach a. a. O. S. 267 f.

[2]) Die Anhänger der relativen Theorie sind vornehmlich:
Weber, L. v. d. natürl. Verb. § 92. — Glück, Erläut. Bd. 15, 5. 65. — Mühlenbruch II § 481. — Unterholzner, Schuldverh. I § 247; Verj. — I. II §§ 248. 258. — Francke, Abh. I S. 73 f. — Guyet, in Arch. f. civ. Pr. Bd. 11 S. 62 f. — Böcking, Pand. Grdr. I § 160. — Göschen, Vorl. I S. 445 f. — Savigny, Syst. V §§ 248 251; Obl.-R. I S. 96 f. — Puchta, Inst. II S. 410 f.; Pand. § 92. — Brinz, Pand. § 47. — Eisele in Jher. Jahrb. Bd. 31 S. 379 f. — Regelsberger, Pand. I § 186. — Dernburg Kompens. S. 473 f.; Pand. I § 150 u. II § 5. — Hölder, Pand. S. 341 f. 352.

Die absolute Theorie besonders vertreten von:
Sommer, Rechtsw. Abh. (1818) 8, S. 6 f. — Büchel, Erört. I. 1. — Löhr in Arch. f. civ. Pr. Bd. 10 S. 70 f. — Sintenis I § 31 A. 57; gem. Pfandr. S. 579. — Kierulff, Theorie u. Prax. d. Civilr. I S. 210 f. — Heimbach in Zschr. f. Civilr. I S. 436 f. — Vermehren ebenda II S. 319 f. — Wächter, Württ. Privatr. II §§ 119 u. 68. — Vangerow I § 151 Anm. — Dahn, Wirkung d. Klageverj. — Bekker, Jahrb. d. gem. R. Bd. 4 S. 468 f. — Schwanert § 22. — v. Scheurl in Jher. Jahrb. Bd. 7 S. 346 f. — Windscheid Pand. I § 112. — Kuntze in Schletters Jahrb. II S. 312 f. — R. G. bes. Bd. 2, S. 158; 34 S. 158.

lässige Wichtigkeit bei, und machte sich ferner bei dieser allein auf die „desidia" des Gläubigers Rücksicht nehmenden „Nachlässigkeitstheorie" einer petitio principii schuldig [1]). — Ein noch sonst geltend gemachter allgemeiner Gesichtspunkt war der: die sich lediglich auf jus civile gründenden Exceptionen lassen Raum für eine fortwirkende naturalis obligatio, während die schon im jus gentium wurzelnden Exceptionen auch die Zerstörung der naturalis obligatio mit sich führen [2]). Aber dieser Gesichtspunkt ist schief eingestellt und ein allgemein zurückgewiesener Versuch, dem angeblichen Ursprunge der Naturalobligationen aus dem jus gentium praktische Folgen zu geben. —

Schließlich wird noch zu Gunsten der schwächeren Wirkung, aber nur „als entferntere Bestätigung", die allgemeine Erwägung geltend gemacht: es sei grundlos und unnatürlich, denjenigen Gläubiger, welcher durch Verjährung seine Klage verloren hat, in eine nachteiligere Lage zu versetzen als denjenigen, welcher niemals eine Klage hatte [3]). Hierbei berücksichtigte man nicht, daß allgemeine rechtspolitische Erwägungen — und solche liegen bei der Verwertung dieses Gedankens allein vor — als praktische Folgerungen nicht de lege lata, sondern de lege ferenda anzustellen sind, und daß der Praetor bei der Aufstellung zeitlich beschränkter Aktionen nur ein intensives Mittel ergriff, um das Erlöschen eines Rechts mit dem Elemente der Zeit in juristischen Kausalzusammenhang zu bringen, und so also nichts Inkonsequentes tat. —

Die Analogieen, auf die man zur Unterstützung für die schwächere Wirkung hinwies, bezogen sich auf die Prozeßverjährung und auf die Verjährung dinglicher Klagen [4]), Rechts-

---

[1]) Die Quellenstellen: D. (12, 6) 19 pr. — (12, 6) 40 pr. — (14, 6) 9, 4. — Gegen die Verwertung dieses Gegensatzes: Savigny selbst, System V S. 375 ff.; — Anderes v. Scheurl in Heidelb. Krit. Zschr. I S. 514. — Dawider Büchel a. a. O. S. 25 ff. — Vangerow, Leitf. § 151 Anm. — Bekker S. 414 f. — Dahn S. 44. 46. — Demelius S. 67. —

[2]) Savigny a. a. O. —

[3]) Göschen Vorl. III § 154. — Savigny a. a. O. S. 369. 380. — Dagegen wieder Demelius, S. 66. — Bekker, S. 412. —

[4]) Savigny, S. 368 ff. Puchta, Pand. § 92. Dagg. bes. Büchel, S. 37. Dahn, S. 41. Bekker, S. 411.

institute, die nur in der Verwendung der Zeit, nicht aber in den verordneten Folgen des Zeitablaufs gemeinsame Punkte aufweisen.

Auf der andern Seite aber sind auch die Verteidiger der stärkeren Wirkung nicht schuldfrei; die Überspannung von rechtslogischen Folgerungen hat auch hier geschadet. So ist Windscheids[1]) Deduktion anfechtbar: ein besonderer Beweis für die von ihm verteidigte Ansicht brauche garnicht geführt zu werden; denn es sei eine entschiedene Anomalie, wenn eine zerstörliche Einrede nicht die ganze Obligation wegnehme, weshalb diese Ansicht als die richtige anzunehmen sei, bis ein Gegenbeweis gegen dieselbe geführt sei. — Nicht auf diese Dogmatik der exceptio kommt es an, sondern auf ihren Inhalt in jedem einzelnen Falle, ob und inwieweit eine Wirkung auf die actio und das bekämpfte obligatorische Recht zuzulassen sei, da die exceptio nicht notwendig einen Aufhebungsgrund auch für das letztere enthält[2]).

Im übrigen und schließlich beschieden sich beide Parteien dahin, daß ein vollkommen entscheidender Beweis für die eine oder andere Ansicht durch Quellenzeugnisse nicht geführt werden könne[3]); hierdurch wurde das ganze Problem in der gemeinrechtlichen Entwicklung vom positiven Recht losgelöst und so zu einem rechtspolitischen, am deutlichsten sichtbar bei Dernburg[4]), der mit sicherem Rechtsgefühl die für den modernen Standpunkt erheblichen Gründe zusammenfaßt: um des allgemeinen Nutzens und des sozialen Friedens willen tritt die Rechtsordnung der zwangsweisen Geltendmachung von Rechten entgegen, wenn deren Verjährungsfrist abgelaufen ist; aber der Schuldner hat nicht erfüllt, der Gläubiger Befriedigung nicht erlangt, Gründe genug, um die Forderung desselben (als naturalis obligatio) bestehen zu lassen, wenn ihm auch die Mittel fehlen, sie zwangsweise durchzusetzen.

Auf der anderen Seite hatte noch O. Fischer[5]) im Jahre 1889 in einer Besprechung des ersten Entwurfs des BGB. die

[1]) Pand. I., § 112.

[2]) z. B. die exc. SC. Macedoniani als exceptio perpetua. Schwanert, S. 452.

[3]) Windscheid a. a. O.

[4]) Pand. I., § 150, sub. 2.

[5]) Recht und Rechtschutz, S. 124ff.

gesetzliche Festlegung der stärkeren Wirkung gefordert. Es sei zwar sittlich verwerflich, wenn jemand sich wissentlich seiner Verbindlichkeiten durch Vorschützen der Verjährung zu entziehen suche; gleichwohl müsse diesem Gedanken die rechtliche Anerkennung versagt werden, um eine Beeinträchtigung der im öffentlichen Interesse liegenden Verjährungszwecke, insbesondere Prozesse mit veralteten Tatbeständen zu verhindern.

III.

Mit diesem rein legislatorischen Problem endet die gemeinrechtlich Entwickelung und gibt den Faden weiter an das deutsche **bürgerliche Recht.**

Noch deutlich sichtbar ist hier in den einzelnen Stadien des Zustandekommens des neuen Gesetzbuches die gemeinrechtliche Kontroverse. Der Entwurf I und die Motive folgen der absoluten Theorie, wohl den Einflüssen Windscheids nachgebend. Gemäß § 182 I soll nach Vollendung der Verjährung dem Anspruche eine Einrede entgegenstehen, „durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird.“ Die Motive[1]) erklären ausdrücklich, damit sei die sogenannte stärkere Wirkung der Verjährung anerkannt; für die sonst mehrfach hervorgetretene Ansicht, daß die Verjährung der Forderung dieser nur die Klagbarkeit entziehe, sei auf dem Gebiete der *Anspruchs*verjährung schon an sich kein Raum[2]). Der Zweck der Verjährung werde nur erreicht, der Rechtsfriede nur gewahrt, wenn der verjährten Forderung die Geltendmachung, sowohl im Wege der Klage, wie im Wege der Einrede versagt sei[3]). Wenn man

[1]) I, S. 342.

[2]) Das ist natürlich doktrinär und weiter nichts als eine Wiederholung der Windscheid'schen Lehre. Vgl. z. B. dessen Pand. I, § 112, A. 5, a. Anf.: „Man sagt: es verjährt ja nur die Klage; also bleibt das Recht, insoweit es ohne Klage bestehen kann, unberührt. *Dieses Argument trifft uns nicht (!)*, die wir in der actio nicht die Klage, sondern den *Anspruch* sehen.“ [Windscheid, Actio, S. 31—41].

[3]) Ganz ähnlich hatte sich Dahn, S. 49f. ausgesprochen: wenn man zulasse, daß die für eine verjährte Schuld eingegangene Bürgschaft den Bürgen und also mittelbar den Schuldner noch immer oder aufs Neue binde, daß der Schuldner die irrtümliche Zahlung einer verjährten Schuld nicht kondicieren dürfe, könne man doch diesen Zustand fortwährender Angst und Unruhe und Haftung keinen Rechtsfrieden nennen.

aber auch bei der gesetzlichen Normierung von der absoluten Theorie ausgegangen war, der Endpunkt, zu dem man gelangte, war doch die relative Theorie. Schon die Motive hatten die Frage, ob wegen des Ausschlusses der condictio indebiti bei dem zur Befriedigung des verjährten Anspruchs Geleisteten[1]) theoretisch das Zurückbleiben einer „unvollkommenen Rechtspflicht" anzunehmen sei, vorsichtiger Weise auf sich beruhen lassen. Durch die in der II. Kommission vorgenommene Änderung des ursprünglichen § 182[2]) wurde die erforderliche Klarstellung bewirkt, daß der Anspruch keineswegs ipso iure und unter allen Umständen durch die Verjährung vernichtet wird, sondern es lediglich bei dem Verpflichteten steht, sein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen oder nicht. Schließlich verließ die zweite Kommission in der Frage, ob eine verjährte Forderung noch zur Aufrechnung benutzt werden kann, ebenfalls den Standpunkt der Motive und erkannte diese Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen an[3]). So wird z. Z. gerade die verjährte Forderung von den meisten Schriftstellern als Hauptfall der *Naturalobligation* hervorgehoben[4]).

Die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, der durch Geltendmachung vergilbter Forderungen nicht beunruhigt werden soll, ist auch jetzt noch das leitende Motiv der Verjährung. Aber diesem Frieden dient es wenig, wenn der Schuldner kondizieren kann, was er in Unkenntnis der Verjährung an den Gläubiger geleistet hat; dieses Hin- und Herschieben von Vermögenswerten ist bereits der Beginn des Kampfes. Wenig gedient ist weiter dem Rechtsgefühl des Volkes, wenigstens nach seiner jetzigen Tendenz, wenn der Gläubiger das wieder herausgeben soll, was ihm der Schuldner doch schuldig war; denn creditor suum recepit. Es ist die Schwierigkeit des Rechts in seiner praktischen und theoretischen

---

[1]) was Entw. I in § 182 II verordnete.

[2]) Protok. VI., S. 142. Bundesrats- und Reichstagsvorlage § 217 u. § 222 BGB.

[3]) Protok. I., S. 361 f. Entw. II § 334. Bundesrats- und Reichstagsvorlage § 384 = § 390 BGB. Die Minderheit in der II. Kommission wies ganz zutreffend darauf hin, daß durch die Zulassung der Aufrechnung mit einer verjährten Forderung das Institut der Verjährung eine — mit seinem Zwecke nicht wohl vereinbare (?) — *Abschwächung* erleiden würde.

[4]) Vgl. die Zusammenstellung bei Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 189 A. 1.

Gestaltung: kein Grundsatz läßt sich bis in alle seine letzten Folgen durchführen. So gewährt der Realismus des Rechts dem unjuristischen und alogischen Elemente der Zeit genügenden Einfluß und zugleich sein Idealismus dem Rechtsfrieden genügenden Schutz, wenn es den *direkten* Zwang gegen den Schuldner nach abgelaufener Verjährung ausschließt. Eine weitergehende Begünstigung der Schuldnerseite und Erleichterung seiner Verbindlichkeiten würde die Wagschale des Gläubigers zu stark belasten: deshalb ist freiwillige und indirekte Erfüllung den Einwirkungen der Zeit entzogen. So bleibt trotz Ablauf der Zeit die Verpflichtung des Schuldners noch eine *Rechts*pflicht, und als sog. *natürliche* Verbindlichkeit übrig; Natur und Kunst fliehen sich auch hier nicht, denn natürliche Auffassung und juristische Technik kommen zu demselben erwünschten Ergebnisse.

„Also gibt es unerzwingbare Rechtspflichten, also ist die Erzwingbarkeit nicht wesentliches Merkmal des Rechts“ [1]).

Ersichtlich ist, wie in der Rechtsentwicklung vom römischen Rechte an bis zum geltenden Recht die Einwirkung des zerstörenden Elements der Zeit, des negativen Poles, mehr und mehr zurücktritt gegenüber der Einwirkung des positiven Poles, die sich in tunlichster Aufrechterhaltung des rechtlichen Verhältnisses und seiner Wirkungen geltend macht. Auch hier ist geschehen, was immer geschieht, wenn ein Verhältnis, das sonst ruhelos zwischen zwei entgegengesetzten Polen hin- und herpendeln würde, zur Ruhe gebracht werden soll, wenn Gegensätze in ihrer Wirkung vereinigt werden müssen: die endgültige Wirkung kommt dann in der mittleren Linie zustande.

[1]) Dahn in der Rektoratsrede von 1895, S. 17.

Die Replik des Prozessgewinns

(replica rei secundum me judicatae)

Ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der exceptio rei judicatae

von

Rudolf Leonhard

I. Das Ziel der Untersuchung.

§ 1.

Nach der herrschenden Lehre hat die Einrede der abgeurteilten Sache zwei Funktionen. Die eine betrifft, wie man zu sagen pflegt, die „nackte" Tatsache oder das Dasein eines früheren Urteils, die andere dessen Inhalt. Man nennt die eine negativ, die andere positiv [1]).

Wie sich diese Funktionen innerhalb der Rechtsgeschichte zu einander verhalten haben und wie sie sich in der Gegenwart zu einander verhalten, darüber besteht bekanntlich viel Streit [2]).

Alle Zweifel wurzeln aber in zwei Übelständen. Einmal herrscht über die Fragestellung keine volle Klarheit, weil das Wesen der beiden Funktionen im Dunkel liegt. Zweitens haben sich in die übliche Auslegung zweier Quellenstellen Mißverständnisse eingeschlichen.

Gegen den einen Übelstand richtet sich der kritische, gegen den andern der exegetische Teil der nachfolgenden Abhandlung.

---

[1]) Keller, Über Litiscontestation und Urteil, 1827, S. 231. v. Savigny, System VI., S. 268. Wächter, Erörterungen, No. 3. Pfeiffer, Archiv f. civ. Praxis. Bd. 37, S. 110. Keller, Pandekten-Vorlesungen, herausgegeben von Friedberg. Leipzig 1861. S. 188. Kleinschrod, die proceßuale Consumption und die Rechtskraft des Civilurteils, Leipzig 1875. S. 191, 227. v. Vangerow, Pand. I, § 173. Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatr. 1842. II. S. 552. Dernburg, preuß. Privatr. 5. Aufl. I, § 137, S. 298. Brinz, Pandekten. 2. Aufl. S. 328, § 96. Regelsberger, Pandekten I, § 196, S. 701. Wendt, Pandekten, § 99, S. 275 und andere.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. § 130, Anm. 23 ff. S. 577—580 mit Literaturangaben. Kleinschrod a. a. O., S. 218 ff.

Ihr Ziel ist, aus einer verworrenen Lehre einen wahren Kern herauszuschälen, der nicht bloß für die Rechtsgeschichte, sondern auch für das praktische Recht der Gegenwart nicht ohne Bedeutung ist.

In der replicatio: si non secundum me judicatum est sieht man meistens einen Ausdruck des Unterschiedes der beiden erwähnten Funktionen[1]). Daraus mag sich die Überschrift des Aufsatzes rechtfertigen.

II. Kritischer Teil.

I. Verhängnisvolle Verwechslungen.

§ 2.

Der Ausgangspunkt der Lehre von den beiden Functionen der exceptio rei judicatae liegt in Kellers bekannter Schrift Litiscontestation und Urteil[2]). Durch die Lobeserhebungen bekannter Autoritäten wurde sie bald zur herrschenden[3]).

Ihr entschiedenster Gegner war Bekker[4]), dessen Ausführungen so eindrucksvoll waren, daß man der Kellerschen Schule eine Bekkersche entgegenstellen konnte[5]).

---

[1]) Vgl. v. Savigny, System VI., S. 277. Pfeiffer a. a. O., S. 112. Windscheid-Kipp, Pandekten I, § 130, Anm. 17, S. 574 u. a.

[2]) Vgl. besonders S. 582, Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. § 130, Anm. 26. Dernburg, Pandekten I, § 162, Anm. 3. Übrigens versichert v. Bethmann-Hollweg, röm. Civilproceß II, S. 494, § 103, Anm. 39 schon vor Keller die Lehre von den beiden Funktionen vorgetragen zu haben. Dies spricht in hohem Maße dafür, daß sie nicht aus der Luft gegriffen sein kann.

[3]) Vgl. namentlich v. Savigny, System Bd. VI., 20.

[4]) Die processualische Consumption im class. röm. Recht. Berlin 1853. S. 12 ff.

[5]) So Westerburg, Archiv f. prakt. R., N. F. IX., S. 284, der ihr eine Reihe bedeutender Autoritäten zuzählt. Übrigens hat Bekker selbst seine älteren Anschauungen, ohne sie preiszugeben, später in mehrfacher Hinsicht berichtigt. Aktionen I, S. 317 ff. Gegen Savigny ist namentlich zu vergleichen Unger, System des österr. allg. Privatrechts. 4. Aufl. II., § 133 S. 682, 683 A. 17, 684, Anm. 20.

Beseitigt wurde Kellers Lehre jedoch nicht. Man fühlt, daß sie einen richtigen Kern in sich birgt; doch ist es nicht gelungen, ihn aus der dunklen Schale klar auszulösen.

Die Lehre von den beiden Functionen findet sich in den Quellentexten nicht ausgesprochen [1]), obwohl man sie hat hineinlesen wollen [2]).

Dagegen ist hervorzuheben, daß die romanistische Lehre keineswegs auf solche Sätze beschränkt werden darf, die von den Römern selbst geprägt worden sind, ebensowenig wie der Grammatiker sich mit seinen allgemeinen Lehren auf Regeln beschränkt, die bereits in der Volkssprache in einer bestimmten Fassung vorliegen.

Trotzdem ist Bekkers Vorwurf durchaus berechtigt, insofern die Lehre von den beiden Funktionen als altrömische Gedankenarbeit vorgetragen wird. Insofern aber Keller aus den einzelnen instinctiv getroffenen Entscheidungen der Römer für das bessere Verständnis der Quellen und für die Praxis unserer Zeit diese Lehre durch Verallgemeinerung herstellte, war er durchaus im Rechte. Auf diese Weise ist ja der Hauptinhalt der Pandektendoctrin und der aus ihr entlehnten Gesetzbücher entstanden und zu erklären.

Wenn also Keller zu dem Gedanken kam, daß von uns aus den Entscheidungen der Quellen zwei verschiedene Gruppen von Fällen der exceptio rei judicatae zu bilden sind, von denen die eine als veraltet anzusehen, die andere aber als giltig, so ist gegen seine Methode nichts einzuwenden.

Nur ist ihm leider dabei das Unheil widerfahren die Verwechslung zweier verschiedener Dinge zu veranlassen: der Begründung der exceptio rei judicatae und der Kraft der res judicata.

---

1) Bekker, proc. Cons., S. 12 ff.

2) Vgl. namentlich v. Savigny a. a. O. zu Dig. 44, 2, 6 und 7 § 1 und hingegen Keller a. a. O, S. 263, Bekker, processuale Consumption, 14 ff. Rümelin, Zur Lehre von der exc. rei jud. Tübingen 1875, S. 7, Westerwald, Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, Neue Folge IX, S. 376 auch Dernburg, pr. Privatrecht I, § 137, 5. Aufl., S. 297. Daß die beiden Functionen in den Quellen „in ihrem eigentümlichen Gegensatze nirgends erwähnt sind“, gibt übrigens auch Savigny zu, System VI, S. 282.

Die Ausgangspunkte seiner Lehre darf man nicht aus der Darstellung herauslesen, die sie bei seinen Nachfolgern gefunden hat, sondern aus seinen Vorstudien, von denen er ausging.

Er hat sich hier von Ribbentrop[1]) anregen lassen, gerade umgekehrt, wie dieser bei seinem Werke über die Correalobligationen sich bekanntlich von einem Gedanken Kellers leiten ließ.

In den von Ribbentrop erklärten Stellen (Dig. XX, 1, 16, 5 und XLII, 2, 9, 1) stehen sich eine exceptio und eine replicatio rei judicatae gegenüber. Die letztere lautet: Si non secundum me judicatum est, beruft sich also auf den Inhalt eines Urteils[2]).

Dagegen berief sich zweifellos die exceptio rei in judicium deductae nur auf die Tatsache und den Gegenstand der Litiscontestation. Das Gleiche nimmt man auch von der exceptio rei judicatae an.

Es gab also Fälle, in denen eine replicatio gegenüber der exceptio rei judicatae den vollen Inhalt eines Urteils hervorkehrte und andere, in denen diese replicatio fehlte, bei denen also ein exceptio rei judicatae durchschlug, die nur die Tatsache eines früheren Urteils über denselben Gegenstand erwähnte, nicht den vollen Urteilsinhalt, namentlich nicht den Sieger im Vorprozesse.

Da nun in der gegenwärtigen Praxis ein jeder, der ein früheres Urteil für sich anruft, auch dessen vollen Inhalt hervorzukehren pflegt, so lag es nahe anzunehmen, daß die Einrede, welche bloß das frühere Urteil über denselben Gegenstand, nicht aber auch den Prozeßsieger nannte, einem veralteten Rechtszustande angehöre.

Dafür sprach auch die Verwandtschaft der exceptio rei judicatae mit der im spätrömischen Rechte beseitigten exceptio rei in judicium deductae, die natürlich keinen Prozeßsieger nannte.

Ehe wir zu den Mängeln der hieraus entwickelten Lehren Kellers übergehen, mag hervorgehoben werden, daß seine Ansicht, insoweit sie bisher wiedergegeben wurde, durch neue Forschungen eine erhebliche Stütze gefunden hat. Lenel[3]) vertritt die Ansicht, daß die beiden exceptiones rei in judicium deductae und rei judi-

[1]) Commentatio ad l. 16 § 5 de pignor. und l. 9 § 5 de exc. rei jud. Gottingae 1824.

[2]) Von den Neueren, nicht aber von den Römern, wird sie replicatio rei judicatae genannt.

[3]) Edictum perpetuum S. 403.

atae im prätorischen Edikte und, wie er anzunehmen scheint, auch in jeder einzelnen formula identisch waren, d. h. durch ein einziges Formular ausgedrückt wurden[1]).

Es geschah dies mit den Worten Si ea res qua de agitur judicata vel in judicium deducta non est[2]).

Die Meinung Savignys nach der der Beklagte in jedem Falle zwischen beiden Einreden wählen mußte und eine alternativ gefaßte Einrede (des Prozeßbeginns oder des gefällten Urteils) nicht erlangen konnte, scheint mir von Lenel widerlegt zu sein[3]). Man darf aber auch nicht in der Annahme der Unerläßlichkeit des Doppelformulars zu weit gehen.

Wenn ein Beklagter zu beweisen vermochte, daß seine Sache durch ein gültiges Urteil bereits erledigt war, so wird man ihm wohl gestattet haben, die Worte „vel in judicium deductae“ in der Formel wegzulassen. Ebenso wird man ihm wohl die Worte „judicatae vel“ erspart haben, wenn der anhängig gewordene Anspruch durch Prozeßverjährung untergegangen war und er sich daher nur auf die deductio in judicium, nicht auf die res judicata berufen wollte. Ebenso auch, wenn er in der Lage war, die frühere deductio in judicium, nicht aber die spätere Urteilsfällung zu erweisen[4]).

Allein, selbst wenn man die beiden Exceptionsformulare wirklich getrennt haben sollte, so hatten doch jedenfalls beide exceptiones denselben Zweck, die Wiederholung des verhandelten An-

---

[1]) Ältere Literatur s. bei Lenel, Ed. perp. S. 403 Anm. 15 (vgl. namentlich Bekker, Cons. S. 136 ff. und Dernburg in der Heidelberger krit. Zeitschrift II S. 348), neuere in der französischen Übersetzung des Lenelschen Werkes: Essai de reconstitution de l'édit perpétuel von Frédéric Peltièr, Paris 1903, Bd. II S. 255. Anm. 1 u. 2. Für Lenel Dernburg Pand. I. § 162. Girard, manuel. 3. éd. p. 1026. Naber, Mnemosyne XVII p. 115 f. Gegen Lenel Eisele, Abhdl. i. röm. Civilpr. 1889, I p. 4 ff. Derselbe, Zeitschr. d. Sav. Stiftg. XXXIV, p. 1 f. Dagegen wiederum Lenel in der franz. Ausgabe a. a. O.

[2]) In der französischen Ausgabe S. 259 hat Lenel von Eisele (Abhandlungen z. röm. Civilpr. 1889 III S. 113 ff.) veranlaßt, diese Formel gegenüber einer älteren Fassung berichtigt.

[3]) Vgl. Savigny VI S. 267 und dagegen Lenel, Ed. perpetuum, S. 404.

[4]) Hierdurch erledigt sich die Frage, wozu man überhaupt eine besondere exceptio rei judicatae eingeführt habe. Eisele, Abhdl. S. 6.

spruchs unmöglich zu machen. Ein Anspruch, der in judicium gebracht war, war todt. Eine Leiche kann man nicht ermorden. Folglich vertilgte das spätere Urteil den Anspruch nicht mehr, sondern bewies nur, daß er schon früher untergegangen sein mußte, weil es kein Urteil gab, dem nicht eine deductio in judicium vorausgegangen wäre. Darin ist auch Lenel mit seinem Gegner Eisele einverstanden [1]).

Diese Identität des Zwecks genügt, um zu erklären, warum auch die exceptio rei judicatae zu ihrer Begründung nur derselben Tatsache bedurfte, die zur Rechtfertigung der exceptio rei in judicium deductae genügte, daß es also auch bei ihr nicht darauf ankam, festzustellen, wer eigentlich den Prozeß gewonnen hatte, ein Umstand, der in dem Zeitpunkte der res in judicium deducta ja überhaupt noch nicht feststehen konnte.

Die formula stellte am Sichersten fest, daß ein Anspruch vor Gericht gekommen war [2]). Die sententia wurde erst im späteren Rechte aufgezeichnet. Ursprünglich eignete sie sich also weit weniger, als die formula, dazu, dem Beklagten den Beweis dafür zu sichern, daß der eingeklagte Anspruch der Entscheidung des Richters unterbreitet worden war.

Die Frage, welche Prozeßwirkungen an die Litiscontestation und welche an das Urteil anzuknüpfen wären, muß mit dem Beurkundungswesen aufs Engste zusammengehangen haben [3]). Die Veränderung der Art, wie man den Streitgegenstand beurkundete, ist daher m. E. auch eine der vornehmlichsten Ursachen davon, daß man der Litiscontestation nicht die frühere volle novierende Kraft belassen konnte. Nicht, weil man die juristische Natur dieses Prozeßaktes anders auffaßte, hat man späterhin seine Kraft vermindert, sondern umgekehrt, weil ihm die alte Beurkundung in den neueren Prozeßformen verloren gegangen war, konnte man ihm nicht mehr die alte Kraft belassen und, weil man dies nicht konnte, auch an seiner früheren juristischen Beurteilung nicht

---

[1]) Eisele, Abhandl. S. 6. Lenel, édit. II p. 255.

[2]) Nach Schloßmann (Litis contestatio 1905), ursprünglich in gesprochenen Formeln, erst später schriftlich. Erwiesen ist dies m. E. nicht, wenn auch nicht unmöglich.

[3]) Darauf scheint auch Rümelin hinzudeuten. (Zur Lehre von der exc. rei jud. Tübingen 1875 S. 39.)

festhalten. Zur Zeit der älteren Beurkundungsformen war es dagegen aus praktischen Erwägungen zweckmäßig, die vernichtende Kraft des Prozesses an die in der Regel sicher erweisliche Litiscontestation anzuknüpfen und dadurch zur Novationskraft dieses Aktes zu gelangen. Daß sich dies änderte, war nicht ein Sieg des Zweckgedankens über einen zwecklosen Formalismus, dessen Fesseln man abschüttelte [1]), sondern eine einfache Umgestaltung der Rechtszwecke wegen veränderter Umstände.

Daraus, daß schon die Litiscontestation den Anspruch aufzehrte, ergab sich, daß man zur Abwehr einer Wiederholung des abgeurteilten Anspruchs einer vollen Aufklärung des Urteilsinhalts nicht bedurfte, namentlich nicht der Angabe, secundum quem judicatum erat.

Insoweit Keller das festgestellt hat, ist seine Lehre unanfechtbar. Leider hat sich aber Keller hierbei von der bei Gelehrten nicht seltenen Vorliebe für dunkle Terminologien nicht freigehalten. Er nannte die Begründung der Einrede der abgeurteilten Sache aus der bloßen Angabe des Urteilsgegenstandes „negative Funktion der Urteilseinrede“, die Einrede des vollen Urteilsinhalts „positive Funktion“.

Dabei war er sich merkwürdigerweise der Unrichtigkeit dieser Terminologie voll bewußt. Er schrieb sich selbst die schärfste Kritik [2]). Funktion und Begründung sind zweierlei. Einreden haben nach Keller streng genommen immer nur negative Funktionen [3]). Trotzdem konnte Keller dem Gelüst nicht widerstehen, die „Begründung“ der Einrede mit „Funktion“ zu bezeichnen, in der Hoffnung, daß man den unpassenden Namen nicht mißdeuten werde.

Strenge genommen gibt es also auch nach Keller (S. 223, Anm. 4) nicht zwei Funktionen (Wirkungen), sondern nur zwei Begründungsformen der Einrede der abgeurteilten Sache, eine

[1]) Dies ist herrschende Meinung; vgl. namentlich Savigny, System VI, S. 270. 282.

[2]) Man lese: Litiscontestation und Urteil S. 223, Anm. 4.

[3]) Anders z. B. Erman (Prof. in Münster) Dig. (44, 2) 21 § 4. études de droit classique et Byzantin. Lyon 1902 der p. 284, eine „exception rei judicatae positive“ kennt als Gegensatz der exception rei judicatae ordinaire invoquant le „judicatum esse“ et non pas le „ita judicatum esse.“

oberflächlichere und eine ausführliche (erschöpfende), einerseits die Begründung mit der Urteilstatsache nebst Angabe des Urteilsgegenstandes und anderseits die Begründung mit dem vollen Urteilsinhalt. Die Worte Urteilstatsache (bei Savigny Urteilsdasein) und Urteilsinhalt sollen also den Gegensatz, der Keller vorschwebte, wiedergeben[1]). Allein auch dieser Gegensatz birgt eine Ungenauigkeit in sich. Es liegt auf der Hand, daß bei der sogenannten negativen Funktion (richtiger der minder eingehenden Begründung der exceptio rei judicatae) die bloße Tatsache eines irgendwo und irgendwann unter den Parteien gefällten Urteils nicht genügte. Die Identität der früheren und der späteren Sache mußte dargetan werden. Das ist aber bereits ein Stück von Urteilsinhalt. Die sogenannte negative Funktion betrifft also ebenfalls eine Einrede des Urteilsinhalts, das heißt des nur oberflächlich (unter Verschweigung des Prozeßsiegers) angegebenen Urteilsinhalts, die sogenannte positive Funktion bezieht sich dagegen auf die Einrede des vollständig angegebenen Prozeßinhalts. Man könnte dort beinahe von einer exceptio quae indiscrete loquitur reden, hier von einer exceptio discreta. Eine Urteilseinrede, die einen Teil des Urteilsinhalts verschweigt, ist freilich nicht sein getreues Ebenbild, sie funktioniert also ihm gegenüber nicht völlig positiv; denn sie wiederholt seine Beschaffenheit nicht. Trotzdem müßte man sie dem Urteilsinhalt gegenüber, insoweit er verschwiegen wird, besser indifferent, als negativ nennen. Wer etwas dahingestellt läßt, der negiert es nicht.

Es gab also gegenüber der Person des Prozeßsiegers gleichgültige und rücksichtsvolle Urteilseinreden.

Keller würde jedoch schwerlich seinen terminologischen Mißgriff begangen haben, wenn nicht eine sachliche Verwechslung dem zu Grunde gelegen hätte. Er betont, daß die beiden Funktionen der Einreden mindestens ungefähr mit den beiden Funktionen des Urteils (oder Prozesses), von denen er spricht, gleichen Schritt halten[2]). Die Funktion des Urteils, von der er öfters redet[3]), fließt in Folge dessen bei ihm zusammen mit der Einrede des

---

[1]) Vgl. die oben § 1 S. 67 Anm. 1 Angeführten, auch Dernburg, Pandekten 7. Aufl. I. § 162, S. 375. 376.

[2]) Litiscontestation und Urteil S. 107.

[3]) Vgl. z. B. S. 71 ff. 235 und 236 mit S. 223 Anm. 4.

rechtskräftigen Urteils. So verwechselt er die positive Funktion der Einrede des Urteils mit der Einrede der positiven Funktion des Urteils[1]). Daher erscheint denn schon bei Savigny[2]) die „Funktion“ als „Gestalt“, der neueren Doktrin ist sie nichts als „Kraft“ und „Wirkung“ des Urteils[3]).

Daß ein Urteil eine negative (zerstörende) Kraft (Funktion) gegenüber den eingeklagten Ansprüchen hat und daneben auch noch positive schöpferische Wirkungen oder Funktionen, das hat ja einen recht guten Sinn, nur leider nicht den, welchen Keller mit den entsprechenden Worten (auf S. 223 Anm. 4) verband, obwohl er anderweitig auch ihm vorschwebte. Von dieser positiven Funktion behauptete aber Keller nicht, daß sie die jüngere und schließlich die einzige war. So vermischte sich denn Kellers Lehre von der doppelten Art der vor Gericht erforderlichen Begründung von Urteilseinreden mit der Lehre von der doppelten Kraft der Urteile.

Zwei verschiedene Gegenstände sind hier identifiziert. Wir müssen sie trennen und jeden für sich betrachten. Dabei stellen wir von vornherein fest, daß in der Kellerschen Lehre zwei praktisch wichtige Behauptungen stecken, die noch für die Gegenwart von Bedeutung sind:

1. Der bereits gewonnene Prozeß darf (wenigstens im Notfalle) nach spätrömischem und modernem Rechte vom Kläger wiederholt werden. (Sogenannte Verdrängung der negativen Funktion durch die positive).

2. Die Einrede der rechtskräftig abgeurteilten Sache verlangt heutzutage immer eine Angabe des vollen Urteilsinhalts.

Beide Behauptungen zu sondern und anzufechten ist der Zweck des Folgenden.

Es kann dies nicht anders geschehen, als indem ihre exegetischen Voraussetzungen umgestürzt werden (s. unten § 4 und 5).

---

[1]) Diese Verwechslung zieht sich durch die ganze neue Literatur hindurch. Siehe z. B. Bethmann-Hollweg, Civilproceß II, § 111, S. 636. Rudorff, röm. R. G., II. S. 262, Anm. 3. Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. XI, S. 381.

[2]) Der nach Windscheid, Actio S. 100, „zu einem Irrthum veranlaßt worden ist“, vor dem Keller „ausdrücklich gewarnt hat“.

[3]) Das Marginale zu den Motiven I, S. 374, spricht sogar von einer „positiven Wirkung der Rechtskraft“.

Da sie jedoch nicht bloß auf die Texte gegründet werden, die von der replicatio rei judicatae sprechen, sondern auch auf das gegenseitige Verhältnis der beiden Urteilsfunktionen, die man als negative und positive bezeichnet, so ist es nötig, zunächst die Art und die Kraft dieser Funktionen einer noch genaueren Prüfung zu unterwerfen (§ 3).

2. Das Sonderrecht bloss negativer Urteilswirkungen.

§ 3.

Wir sahen schon oben, daß die Funktionen der Urteilseinrede nicht mit den Funktionen des Urteils selbst verwechselt werden dürfen.

Damit soll jedoch nicht geleugnet werden, daß ein Parallelismus beider Arten von Funktionen sehr wohl denkbar ist, d. h. daß eine negative Einredenfunktion neben einer ebensolchen Urteilsfunction herlaufen kann und eine positive Einredenfunction neben der positiven Urteilswirkung.

Vielleicht war also Keller gegen sich selbst zu streng, als er meinte, daß jede Einrede „genau genommen" nur negativ wirken könne[1]).

Wir müssen uns daher die Frage vorlegen, was man vernünftiger Weise unter einer positiven oder negativen Funktion des Urteils verstehen könne.

Man wird gut tun, sich hierbei darüber klar zu werden, daß die Ausdrücke „positiv" und „negativ" so lange völlig unklar sind, sobald nicht sicher ist, was denn eigentlich „festgestellt" oder „negiert" werden soll[2]).

Überall will man mit den Worten „positiv" und „negativ" Gegensätze bezeichnen. Sie haben also nur soweit Berechtigung als sie sich auf ein und denselben Gegenstand beziehen, der von der Position und von der Negation ergriffen wird.

---

[1]) Litiscont. und Urteil, S. 223, Anm. 4.

[2]) Auf die übliche Verwechslung der Begriffe „Verneinen" und „Zerstören" hat der Verfasser schon früher hingewiesen (Institutionen, S. 495). Sie spielt hier aber deshalb keine sonderlich große Rolle, weil der Beklagte einen Anspruch vernichtet, indem er das Recht zu seiner Anstellung mit Erfolg verneint.

In der üblichen Redeweise, die positive und negative Funktionen unterscheidet, stellt aber das positive etwas ganz anderes sicher, als das negative verneint. Die negative Funktion verneint das Recht zur Anspruchswiederholung, die positive bejaht den Urteilsinhalt. Jene Verneinung schließt aber diese Bejahung nicht aus.

Es gilt vielmehr auch hier der Satz Unius positio non est alterius exclusio. Es liegen also nur scheinbare Gegensätze vor.

Ganz anders läge die Sache, wenn man behauptete: Die „exceptio rei judicatae vernichtet das Recht auf Anspruchswiederholung die replicatio rei secundum ne judicatae begründet und festigt dagegen dasselbe Recht [1])". So drückt man sich aber bekanntlich nicht aus.

Jetzt sehen wir auch, warum es möglich war, zu behaupten, daß die positive Funktion von der negativen umschlossen werde [2]) und andererseits, daß die positive Funktion die negative in sich aufnehme und verschlinge [3]). Nimmt man an, daß das Urteil nicht bloß den angestellten Anspruch negiert, sondern alles, was sich ihm in den Weg stellt, so ist die Einrede, die den Widerspruch gegen einen Urteilsinhalt beugt, gegenüber diesem Widerspruche negativ und gegenüber dem Urteilsinhalt positiv, etwa ebenso, wie die Behauptung des Todes eine Verneinung des Lebens ist [4]).

Man würde aber doch zu weit gehen, wenn man der Unterscheidung der negativen Funktion von andern Funktionen des Urteils alle und jede praktische Bedeutung absprechen wollte [5]).

---

[1]) Ein derartiger Gedanke scheint Wach zu Kellers röm. C. Proz. 5, A. 1876, A. 849 zu § 72 in seinen Ausführungen gegen Rümelin vorzuschweben.

[2]) So Bekker, proc. Consumption, S. 12ff., vgl. aber auch Aktionen I, S 317ff.

[3]) So G. Rümelin zur Lehre von der exc. rei judicatae, Tübingen 1875. Ähnlich auch Hölder, Pandekten, S. 380, Anm. 1: „In Wirklichkeit fallen jene beiden Functionen zusammen, da die prozessualische Consumption eben darin besteht, daß das zum Objekte des Prozesses erhobene Rechtsverhältnis ein solches ist, dessen Existenz von der Entscheidung dieses Prozesses abhängt und daher nicht mehr zum Objekte einer andern Entscheidung gemacht werden kann."

[4]) Vgl. des Verf. Allgem. Teil des BGB., Berlin, Guttentag, S. 393, § 88 I, über positive und negative Bedingungen.

[5]) Die Beurteilung der G. Rümelinschen Schrift durch Heyssler

Negation der Klagenwiederholung und Position des Urteilsinhalts sind freilich keine Gegensätze[1]), andrerseits sind sie aber auch nicht identische Größen. Der Urteilsinhalt schließt vielmehr das Wiederholungsverbot in sich[2]), dies ist ein Stück von ihm. Freilich wird oft genug das Gegenteil behauptet, aber mit Unrecht. In Wahrheit ist ein Wunsch nicht nur dann erledigt, wenn er verworfen ist, sondern auch wenn er seine Erfüllung gefunden hat. Der Richter, der eine Klage anerkennt, macht dadurch ein weiteres Klagen über denselben Gegenstand überflüssig. Aus seinem Spruche kann man daher nicht herauslesen, daß er Klagenwiederholungen erlaube[3]). Unmöglich will er dem Kläger das Recht zusprechen, sich für einen einzigen Anspruch mehrere Vollstreckungstitel durch wiederholte Prozesse zu verschaffen. Das Gegenteil entspricht vielmehr im Zweifel seinem Willen[4]).

Wäre es also wirklich wahr, daß dem Kläger nach dem siegreichen Urteile die Anspruchswiederholung erlaubt wäre, so würde dies doch nur eine Abschwächung der negativen Kraft des Urteils sein, niemals aber eine positive Verwirklichung des Urteilsinhalts[5]).

(Grünhuts Zeitschrift f. d. Privatrecht u. öffentl. Recht, III, S. 185) ist in dieser Hinsicht viel zu schroff, vgl. aber auch Regelsberger, Pandekten, § 196, A. 9. M. E. steht die praktische Bedeutung der Frage, ob es besondere Rechtsregeln für bloß negative Urteilswirkungen gebe oder nicht, außer jedem Zweifel.

[1]) Dies hat Rümelin a. a. O., m. E. erwiesen, vgl. insbesondere S. 6. 21.

[2]) Diese richtige Auffassung der rein negativen Urteilskraft als einer bloßen Unterart der positiven Urteilswirkung findet sich namentlich bei Unger, System des österr. Pr. R. 4 A. II, § 133, S. 682, Sohm, Institutionen, 11. Aufl., S. 248 und Franz Leonhard, in Birkmeyers Encyklopädie. 2. Aufl., S. 45.

[3]) So richtig Windscheid, die Actio des römischen Civilrechts, Düsseldorf 1856, S. 105. Ähnlich Regelsberger, Pandekten, § 196, Anm. 10 und Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900. S. 169.

[4]) Ist die Klage zur Zeit abgewiesen worden, und wird sie zur rechten Zeit wiederholt, so liegt nicht mehr dieselbe Klage, sondern in Folge des Zeitablaufs ein neuer Klagegrund vor. Dasselbe gilt auch von der in angebrachter Art abgewiesenen Klage, die später in anderer Art angebracht wird. Vgl. über diese letztere Erscheinung Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. Göttingen 1844. S. 266 ff. und Bethmann-Hollweg, Civilprozeß III, § 156. S. 292.

[5]) Bekker, prozeß. Consumption spricht S. 305 ff. mit Recht von „Milderungen der Consumption.“

Ein Urteil des Inhalts, daß der Kläger seine schon jetzt erfolgreiche Klage später wiederholen dürfe, hat es wohl nie und nirgends gegeben, vielmehr hat Rümelin (a. a. O.) das Gegenteil mit Recht behauptet.

Wenn hiernach das Verbot der Klagenwiederholung naturgemäß zum Urteilsinhalte gehört, so erschöpft es doch keineswegs den vollen Urteilsinhalt. Insoweit dieser z. B. ein eingeklagtes Recht feststellt, liegt er neben jenem Verbote.

Man sollte daher nicht negative und positive Funktionen des Urteils unterscheiden, sondern statt dessen bloß negative Funktionen (Wiederholungsverbote) und anderweitige, nicht bloß negative Funktionen. So berichtigt ist die Absonderung der negativen Funktionen an den Gesamtfunktionen des Urteils nicht zu beanstanden.

Es fragt sich nur, ob diese Sonderung irgend einem Bedürfnisse entsprach.

Diese Frage muß bejaht werden. Und zwar erfordert sowohl die Rechtsgeschichte, wie die Praxis eine solche Sonderung.

Zunächst die Rechtsgeschichte. Das Verbot der Anspruchswiederholung knüpfte sich wie schon erwähnt wurde, im Formularprozesse nicht erst an das Urteil an, sondern schon an die Litiscontestation. Diese nahm dem Urteil die rein negative Funktion vorweg. Letztere fehlte dem Urteile, weil dieses zu spät kam, um sie auszuüben. Erst als die processuale Consumption durch Prozeßbeginn aufhörte, fiel die gleiche Kraft dem Urteile zu, das sie bisher entbehrt und sich auf die nicht bloß negativen Prozeßwirkungen beschränkt hatte.

Diese interessante Erscheinung wird nur dann verständlich, wenn man die negative Funktion von den übrigen sondert.

Aber auch die Praxis verlangt eine solche Sonderung, nämlich in der Frage, ob zur Begründung der Einrede des rechtskräftigen Urteils der Nachweis des vollen Urteilsinhalts nötig ist, namentlich, ob der Sieger in dem früheren Prozesse festgestellt werden muß (s. oben § 1). Wo das frühere Urteil nicht in bloß negativer Weise wirken soll, da muß dies auf alle Fälle geschehen. Wo es dagegen bloß eine Anspruchswiederholung abwehren soll, da war das jedenfalls zur Zeit der processualen Consumption nicht nötig, wie wir oben sahen.

Daß sich dies aber mit dem Wegfalle der novierenden Kraft der Litiscontestation geändert haben muß, kann nicht ohne Weiteres zugegeben werden, bleibt vielmehr zu untersuchen (s. unten § 5).

III. Exegetischer Teil.

I. Die Replik des Prozessgewinns bei nachträglichem Besitzerwerbe des Gegners.

a) Der Sinn der lex 9 § 1 Dig. de exceptione rei judicatae XLIV, 2.

§ 4.

Der Ausgangspunkt der Lehre von der replicatio rei secundum me judicatae ist Ulpians (libro septuagesimo quinto ad edictum) viel behandeltes Fragment Dig. 44,2 d. exc. r. j. fr. 9 § 1: Si quis fundum, quem putabat se possidere defenderit mox emerit[1]): re secundum petitorem judicata an restituere cogatur. et ait Neratius, si actori iterum petenti objiciatur exceptio rei judicatae, replicare eum debere de re secundum se judicata[2]).

Die Stelle mag als ein Hauptbeispiel dafür dienen, daß es sich empfiehlt, neben der bekannten duplex interpretatio der Quellentexte auch ihre Beziehungen zu dem gemeinrechtlichen Prozesse und endlich auch noch ihr Verhältnis zu den Rechtssätzen der Gegenwart festzustellen, um so in einer quadruplex interpretatio das volle Maaß der Anregung zu gewinnen, das uns die Überlieferungen des römischen Rechts zu gewähren vermögen.

[1]) Die Interpunktion ist zweifelhaft, s. unten.

[2]) Ältere Literatur s. b. Keller S. 586, vgl. auch Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. 10 S. 379. Kellers Auslegung lehnt sich an Ribbentrop (vgl. oben S. 70 Anm. 1 an. Von besonderer Bedeutung sind neuerdings Bekker, processuale Consumption, S. 269 ff. 317 ff. und ähnlich G. Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae Tübingen 1875, der S. 25 Anm. 5 Hypothesen erwähnt, die er selbst für gewagt hält. Der Verf. hielt es nicht für seine Aufgabe, eine Blütenlese aller unbefriedigenden Vermutungen über den Sinn der Stelle mitzuteilen; vgl. übrigens auch noch Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zeitschrift V, S. 84 und auch noch Krüger, processuale Consumption und Rechtskraft des Urteils. Leipzig 1864, S. 118. 120 ff. 153 ff.

In der Regel versucht man nicht einmal den ursprünglichen Gedanken Ulpians von dem Sinne, den das Fragment durch seine Aufnahme in die Justinianische Sammlung erhalten hat, zu sondern. Dies ist auch nicht nötig, sofern man annimmt, daß der arbitratus de restituendo schon zu Ulpians Zeit vollstreckbar war [1]). Nimmt man freilich an, daß zu dieser Zeit im Vindikationsprozesse nur die Geldcondemnation vollstreckt werden durfte, so könnte Ulpian nicht die Frage gestellt haben; an restituere cogatur (rem), sondern höchstens etwa: an condemnandus sit, nisi restituat. Wir müßten dann an eine Interpolation denken. Für die Deutung der Stelle würde dies aber von geringem Einflusse sein. Die Hauptfrage, die sie stellt, bliebe für das Recht der Ulpianischen Zeit dieselbe, wie für das Recht Justinians.

Es hat jemand sich auf eine rei vindicatio eingelassen [2]), ohne die Sache zu besitzen und ohne eine litise offerre zu begehen, weil er irriger Weise glaubte Besitzer zu sein [3]). Man denke an einen Großgrundbesitzer, dem von einem seiner Inspektoren ein falscher Bericht über seinen Besitzstand auf einem entlegenen Gute gemacht wird und der deshalb an dem angeblich vorhandenen Besitze der eingeklagten Sache nicht zweifelt oder an einen Beklagten, dem die eingeklagte Sache gestohlen ist, ohne daß er es weiß. Bald darauf kauft der Beklagte die Sache und zwar heißt emere hier wohl so viel wie „käuflich erworben [4])“. Die Über-

[1]) Dafür namentlich Keller a. a. O., S. 215 Anm. 5. Eine Übersicht der Parteien bei Westerburg, Archiv f. civ. Praxis N. F., Bd. 9, S. 380 Anm 8. Gegen die Naturalexecution auch Krüger, proc. Consumption, S. 124 und namentlich auch Ubbelohde. (Hartmann-Ubbelohde: Ordo Judiciorum Göttingen 1886, S. 517) wegen Dig. XXVII, 9. de reb. cor. fr. 3 § 2. XLIII, 29 de lib. hom. exhib. f. 3 § 13. Für Keller spricht Dig. 42, 1 de re jud. fr. 15 pr. Literatur s. b. Hartmann-Ubbelohde, S. 517. Anm. 69, vgl. auch Wetzell, Vindicationsproceß 121 ff.

[2]) Vgl. hierüber die eingehenden und im Wesentlichen überzeugenden Ausführungen Wlassaks in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische Abteilung Bd. XXV, S. 123 ff. Abweichend ist die Auffassung Krügers, processuale Consumption u. Rechtskraft des Urteils. Leipzig 1864. S. 122.

[3]) Seine Benennung als fictus possessor (vgl. Buchka, Einfl. des Prozesses, S. 149) ist hiernach irreführend.

[4]) Eine andere Ansicht deutet G. Rümelin S. 25 Anm. 5 als möglich an, m. E. mit Unrecht.

gabe der Sache wird vorausgesetzt. Sonst könnte die Frage an restituere cogatur nicht aufgeworfen werden. Es sind fast alle Ausleger darüber einig, daß der Erwerb dieser Sache erst geschehen sein soll, nachdem der Nichtbesitzer bereits verurteilt war, obwohl der Text mit der üblichen Interpunction dagegen spricht: Si quis fundum .... defenderit, mox emerit: re secundum petitorum judicata an restituere cogatur. Nichts liegt näher als das Kolon hinter judicata zu setzen[1]). Ribbentrop, der dies einsieht, will sich trotzdem nicht dazu verstehen, weil Ulpian, wenn er sich genau ausgedrückt hätte, würde haben schreiben müssen: mox, re secundum petitorum judicata, emerit. Da er jedoch nun einmal ungenau geschrieben hat, so sollte es doch näher liegen anzunehmen, daß seine Ungenauigkeit nur eine halbe war, und nicht eine ganze, d. h. daß das Kolon hinter judicata zu setzen ist. Im Geiste tun ja dies auch Ribbentrop und Keller, warum wagen sie nicht dasselbe auch auf dem Papier zu tun[2])?

Also das Eine steht fest: Der Nichtbesitzer ist verurteilt, ehe er den Besitzerwerb erlangt hat.

Fraglich ist nur, ob dies Urteil ein bloßes Zwischenurteil war, wie es als Grundlage des arbitratus restituendi anging. Die Meisten nehmen dies an[3]). Dann wäre die Stelle nur aus Versehen in die Digesten gekommen; denn zu Justinians Zeit gab es den alten arbitratus nicht mehr.

Schon aus diesem Grunde nehme ich an, daß gegen den Nichtbesitzer ein Endurteil ergangen, nicht aber, daß der Kläger nach ergangenem Zwischenurteil doch noch wegen Nichtbesitzes

[1]) Vgl. Ribbentrop a. a. O. p. 61. Zustimmend Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 588. Anm. 5.

[2]) Auch in Mommsens Ausgabe und Lenels Palingenesia 1667, II, pag. 858, findet sich die angefochtene Interpunktion.

[3]) Vgl. Ribbentrop, commentatio p. 66. Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 587. Pfeiffer, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 37, S. 246. Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zschr. Bd. V, S. 94. Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. 9, S. 380. Buchka hält sogar die entgegengesetzte Ansicht für unmöglich (Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis I, Rostock 1846, S. 154. Er erblickt schon in l 9 pr. einen Hinblick auf die replicatio des § 1, setzt also schon hier eine Präjudicialsentenz voraus.

des Beklagten abgewiesen worden ist[1]). M. E. konnte Ulpian, wenn er eine endgültige Klagebeweisung als gescheheu voraussetzte, nicht schreiben: re secundum petitorem judicata, während die Sache doch höchtens vorläufig secundum actorum abgeurteilt war, hinterher aber ungültig contra actorem.

Jetzt lautete die Frage Ulpians: Kann die Verurteilung des Nichtbesitzers vollstreckt werden, wenn der Verurteilte den Besitz erst später erlangt[2])? Ulpian beantwortet diese Frage nicht direkt, sondern er läßt Neratius für sich reden. Daß er die von Neratius angeführte Ansicht mißbillige[3]), halte ich für ausgeschlossen. Wenn man auf eine Frage, die man stellt, mit einem Zitat antwortet, so kann dies nur bedeuten, daß man sich die in diesem Zitate ausgesprochene Ansicht aneignen will. Neratius beantwortet nun freilich die gestellte Frage nach der Vollstreckbarkeit des Urteils durchaus nicht, sondern behauptet nur, daß der Kläger zum zweiten Male mit Erfolg klagen könne. Darin liegt aber eine deutliche Verneinung der gestellten Frage[4]). Wenn man einen Kläger, der eine Vollstreckung seines siegreichen Urteils wünscht, auf eine neue Klage hinweist, so liegt doch darin deutlich, daß man den Wunsch für unerfüllbar hält. Niemand klagt aufs Neue, wenn er den Gegenstand der früheren Klage im Wege des Zwanges unmittelbar erreichen kann.

Diese Ansicht des Neratius läßt sich auch sehr wohl begründen. Hat ein Verurteilter den Gegenstand des Urteils erst später aus einem neuen Rechtsgrunde erworben, so ist es unbillig, ihm dies Erworbene zu entreißen, ohne ihn über seinen neuen Titel auch nur zu hören. Es wäre ja möglich, daß er die Sache bereits dem siegreichen Kläger herausgegeben, dieser sie hierauf an einen Dritten veräußert und der frühere Beklagte sie von dem

[1]) Dies wird auffallender Weise vielfach angenommen, vgl. z. B. Keller a. a. O. S. 587. Buchka a. a. O. S. 154. 155. Westerburg a. a. O. S. 380.

[2]) Der Wortlaut des § 883 der C. P. O. spricht für die Bejahung nach gegenwärtigem Rechte. Dem Beklagten wird hier m. E. eine Klage aus § 767 helfen, wenn der neue Erwerbsgrund die frühere Verurteilung als ungerechtfertigt erscheinen läßt.

[3]) So Bekker, process. Consumption S. 271.

[4]) Nach der oben S. 81 Anm. 1 erwähnten Ansicht, nach der zu Ulpians Zeit die Sentenz im Eigentumsprozesse nicht vollstreckbar war, wäre diese Antwort selbstverständlich. Nicht so für das Justinianische Recht.

Dritten gekauft hätte. Man könnte hier von einem causa superveniens auf passiver Seite reden.

Etwas anders würde es sich vielleicht dann verhalten, wenn die Sache dem Beklagten etwa vor seiner Verurteilung durch Diebstahl abhanden gekommen wäre und er hierauf mit obrigkeitlicher Hilfe oder auch ohne eine solche wieder in den Besitz käme. Von diesem Falle spricht Ulpian nicht. In ihm fehlt dem Verurteilten der neue Erwerbstitel. Darum würde man ihn auch wohl anders beurteilt haben.

In unserm Falle führt der frühere Prozeß nicht zur Vollstreckung. Darum bleibt nichts übrig als einen neuen zu beginnen.

Daß ein solcher Prozeß erfolgreich sein kann, sofern nur der Kläger wirklich Eigentümer ist, darüber herrscht kein Streit. Befremden erweckt nur die Begründung, mit der dies Ergebnis verteidigt wird. Hier muß die quadruplex interpretatio einsetzen, um volle Klarheit zu gewinnen. Wir unterscheiden:

1. Das Recht zur Zeit Ulpians, Neratius und Ulpian sind der Ansicht, daß eine rei vindicatio wegen eines angeblich vorhandenen Besitzes des Beklagten identisch sei mit einer spätern rei vindicatio wegen eines erst später erworbenen Besitzes desselben Gegners. Die Verschiedenheit des Besitzes ist ihnen also für die Indentitätsfrage gleichgültig. Denn der Besitz gehört nicht mit zu dem Klagegrund. Die formula erwähnte ihn nicht [1]). Er war keine causa actionis, sondern nur eine nebensächliche conditio sine qua non. Dies zeigte sich namentlich bei der Frage, ob der Besitz schon litis contestationis tempore vorhanden sein müsse, um eine Verurteilung zu begründen [2]).

Wurde also jedesmal das Eigentum in judicium deduciert, so war der Anspruch zwar nicht ipso jure, aber doch ope exceptionis consumiert [3]) und auch das Urteil betraf das Eigentum [4]). Davon gab es auch dann keine Ausnahme, wenn das Eigentum vom Richter untersucht und verneint worden war. Den Römern

---

[1]) An sie lehnt sich die Identitätsfrage an; Savigny, System VI, S. 278.

[2]) Windscheid-Kipp, Pand. I, § 128, Anm. 5.

[3]) Gaj. IV, 107.

[4]) Vgl. Westerburg a. a. O., S. 384.

erschien es unangemessen, den bereits gescheiterten Beweis des Eigentums nochmals zu wiederholen, wenn sich die Besitzlage des Beklagten geändert hatte, und es ist fraglich, ob uns nicht diese Auffassung selbst dann sympathisch sein muß, wenn wir genötigt sind, in ihr einen veralteten Rechtszustand zu erblicken.

Der Grundsatz: „Jede neue Eigentumsverletzung erzeugt einen neuen Anspruch" war somit nicht römischen Rechts[1]).

Nur, wenn der Kläger den Eigentumsprozeß früher gewonnen hatte, erschien es unbillig, eine Konsumption anzunehmen, dann sollte die exceptio rei judicatae dem Kläger nicht schaden, falls der Beklagte aus einem neuen Grunde den Besitz erwarb und dadurch eine neue Eigentumsverletzung eintrat.

Nach l 9, § 1 dig. 44,2 war es hierbei Sache des Klägers, zu behaupten und zu beweisen, daß der frühere Prozeß zu seinen Gunsten ausgefallen war. Der Beklagte brauchte nur zu behaupten, daß über das Eigentum bereits geurteilt war, um zunächst der wiederholten Klage einen Damm entgegenzusetzen. Sache des Klägers war es dann zu replicieren und den früheren Prozeßgewinn darzutun.

Die Zulässigkeit und das Erfordernis dieser besonderen Replik soll angeblich mit andern Stellen in Widerspruch stehen. Nach diesen soll auch ohne dieses Rechtsmittel eine exceptio rei judicatae unzulässig gewesen sein, sobald eine neue Besitzstörung gegenüber dem siegreichen Eigentümer eintrat[2]).

Betrachten wir zunächst Dig. 44,2 de exc. rei judicatae fr. 9 pr. (Ulpianus eodem loco): Si a te hereditatem petam, cum

---

[1]) Vgl. Bekker, proc. Cons. 242ff., 252 und dagegen richtig Aktionen I, S. 341. Unrichtig auch Wächter, Erörterungen, Heft 3, S. 6 „Bei einer angestellten rei vindicatio dagegen wurde durch die Litis Contestation natürlich nicht das Eigentum des Klägers consumiert, sondern nur der Anspruch des Klägers." Den Römern schien dies garnicht natürlich, ebenso wenig wie die Unschädlichkeit der pluspetitio für das minus. Vielmehr mußte, wer unvorsichtiger Weise sein Eigentum einklagte, obwohl der Gegner ihm dazu keinen Anlaß gab, zur Strafe dies Eigentum verlieren, sofern ihn nicht eine replicatio begnadigte. Richtig Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschrift II, S. 350ff., auch Puchta-Krüger, Institutionen, 10. Aufl., S. 541, Regelsberger, Pandekten I, § 107, S. 704, 705.

[2]) Bekker, Consumption, S. 252, G. Rümelin, S. 24.

nihil possideres, deinde ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam an noceat exceptio ista? et putem sive fuit judicatum hereditatem meam esse, sive adversarius quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem (übersetzt in den Basilika XLI, 2, 9).

Aus dem sofort folgenden l 9, § 1 dürfen wir entnehmen, daß Ulpian das Widerspiel von exceptio und replicatio, das er uns in § 1 schildert, auch schon im principium als einen Fall des „non nocere" vor Augen hatte.

Daß aber der Satz: „exceptio non nocet" zweideutig ist, gibt auch Bekker zu [1]).

Ein Säbelhieb nach meinem Kopfe ist nicht bloß dann unschädlich, wenn er bei meinem Kopfe vorbei geht, sondern auch, wenn ich ihn mit meinem Säbel pariere. Der Säbelhieb ist die exceptio rei judicatae, die Parade die replicatio rei secundum me judicatae.

Daher widerspricht das principium der lex 9 dem folgenden § 1 nicht.

So ist auch zu deuten: l. 17, Dig. h. t. 44,2 (Gajus): Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei judicatae.

Daß in den beiden Stellen ein besonderer Hinweis auf die Möglichkeit einer replicatio nicht enthalten ist, läßt sich sehr wohl erklären. Der Ausdruck exceptio non nocet ist ja darum so gut gewählt, weil er zwei Fälle betrifft. Wenn der Beklagte den vollen Inhalt der Sentenz erwähnte, indem er sich auf sie berief, dann bedurfte es einer replicatio nicht. Aus der Sentenz, von der die Einrede spricht, ergab sich dann die Zulässigkeit der neuen Klage. Verschwieg er aber das Ergebnis des Urteils und erwähnte nur die Tatsache einer früheren Entscheidung über die jetzt wiederum geltend gemachte Eigentumsfrage, so mußte diese Einrede durch replicatio unschädlich gemacht werden.

Zu ganz andern Ergebnissen führen allerdings zwei Stellen, die mit Unrecht den bisher besprochenen gleichgestellt werden [2]).

---

[1]) Processual. Cons., S. 270.

[2]) So z. B. von Krüger, prozessuale Consumption S. 118, ebenso von Bekker u. Rümelin a. a. O.

L. 18. Dig. de exc. rei jud. 44, 2 (Ulpianus): Si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit adversarius, quia non possidebat, et dominus iterum agat nancto eo possessionem: rei judicatae exceptio locum non habebit, quia alia res est.

Hier zeigt sich der Unterschied der persönlichen Klage von der dinglichen [1]). Die actio ad exhibendum führte kein dingliches Recht in judicium; sie individualisierte sich lediglich nach dem Tatbestande, der ihr zu Grunde liegt. Folglich lag schon im römischen Formularprozesse keine res judicata vor und keine Identität des früheren und des späteren Anspruches, sobald in der neuen Klage sich ein Punkt des verpflichtenden Tatbestandes, nämlich der Besitz des Beklagten, geändert hatte.

Dasselbe gilt von l 8 pr. Dig., ratam rem haberi 46, 8. Es klagt zwar hier ein dominus, aber nicht mit der dinglichen rei vindicatio, sondern mit der actio ad exhibendum.

2. Das Justinianische Recht soll angeblich das Widerspiel von exceptio rei judicatae und replicatio rei secundum me judicatae überwunden haben [2]). Doch ist dies in Wahrheit nicht der Fall und l 9 § 1. D. 44, 2 durfte sehr wohl in die Pandekten aufgenommen werden.

Allerdings waren die formulae weggefallen und die Frage, ob ein früherer Anspruch mit dem älteren identisch war, konnte nicht mehr aus dem Wortlaute der Formel beantwortet werden, sondern nur aus dem Inhalt der Gerichtsverhandlungen, die den Streitgegenstand nunmehr feststellten.

Allein dieselben Gründe, die früher dahin führten, das dingliche Recht als den eigentlichen Gegenstand des Vindicationsprozesses in der Formel zu nennen, mochten dazu drängen, ihn in den Gerichtsverhandlungen als solchen aufzufassen und zu protokollieren.

Es blieb somit alles beim Alten und es lag keine Veranlassung vor, das frühere Recht zu ändern. Noch im spätrömischen Rechte schließt, wie Wetzell bemerkt [3]), die dingliche Klage eine prä-

[1]) Vgl. die bekannten Stellen, Dig. XLIV, 2 fr. 11 § 5 und 14 § 2.

[2]) Dies war jedenfalls Savignys Ansicht, der die Aufnahme der l 9 § 1 in Justinians Sammlung für einen Mißgriff hielt (System VI, S. 280.

[3]) Vindicationsproceß S. 2. Ähnlich Buchka, Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh., S. 129 ff.

judiciale Bedeutung in sich, die Feststellung des dinglichen Rechts, die nur einmal vor Gericht möglich war, aber dann, wenn sie erreicht war, bei späteren Rechtsverletzungen eine Klagewiederholung nicht verbot.

Da die Entscheidung über einen Anspruch dessen Wiederholung nach wie vor grundsätzlich ausschloß, so lag in diesem Ausnahmefalle die Beweislast darüber, ob der frühere Prozess gewonnen war, noch immer dem Kläger ob.

3. Im gemeinen Prozesse hat sich die Sachlage insofern völlig geändert, als die Grundlage des Urteils und der Einrede der abgeurteilten Sache nunmehr in die Klageschrift fiel, die völlig substantiirt sein mußte. Alles, was dazu gehörte, war Klagegrund und der Besitz des Beklagten war es seitdem nicht minder als das Eigentum.

Aus der späteren Verletzung des schon früher einmal vor Gericht gebrachten Eigentums entsprang seitdem ein ganz anderer Anspruch[1]). Eine exceptio in judicatae gegen ihn hatte wegen fehlender Identität beider Ansprüche keinen Sinn mehr. Hier genügte die Rechtsausführung des Klägers, daß eine solche exceptio wegen Nichtidentität unzulässig sei. Einer replicatio rei secundum me judicatae bedurfte es nicht mehr. Daraus ergab sich freilich die unerquickliche, aber kaum abweisbare Folge, daß ein Kläger, dem sein Eigentumsnachweis mißlungen war, ihn

[1]) Unsere scharfe Unterscheidung zwischen dem dinglichen Rechte und dem obligationsähnlichen dinglichen Anspruche, wie sie namentlich auch von Affolter, das römische Institutionensystem, Berlin 1897, betont ist (S. 138, 180, 352 ff.), war jedenfalls den Römern nicht in gleicher Weise geläufig, weil der deutschrechtliche strenge Substantiirungszwang bei der dinglichen Klage noch nicht bestand. Wlassak (Ztschrift. der Savigny-Stiftung Bd. XXV, S. 160, Anm. 1) geht sogar so weit, den Begriff des dinglichen Anspruchsrechts für gänzlich nachrömisch zu erklären. Krüger dagegen nimmt an, daß er nur dem älteren Rechte fremd war, sich aber schon in Rom entwickelt habe und daß unsere lex 9 § 1. D. 44, 2 diese Umwälzung veranschauliche (proc. Cons. S. 153 ff. bes. 156). Allein auch diese Stelle beruht auf einer Identification des dinglichen Rechts mit dem dinglichen Anspruch, sonst hätte Ulpian einfach die exceptio rei judicatae wegen mangelnder Identität des früheren und des späteren Anspruchs verwerfen müssen, nicht aber durch eine besondere Replik helfen dürfen. Für die processuale Consumption halte ich daher Wlassaks Ansicht für richtig, darüber hinaus geht sie m. E. zu weit, wie bei anderer Gelegenheit ausgeführt werden soll.

wiederholen durfte, sobald die Sache aufs Neue in den Besitz des früheren Verklagten kam, sofern dieser sie nicht etwa selbst veräußert und von seinem Rechtsnachfolger zurückerworben hatte.

War der Nachweis des Eigentums aber gelungen, so galt der Satz: „exceptio rei judicatae non nocet" zu Gunsten des Klägers bei einem späteren Besitzerwerb des Beklagten als selbstverständlich, weil die Einrede der abgeurteilten Sache dann unzulässig war.

Indem man dies Ergebnis der deutschen Prozeßrechtsentwickelung in das römische Recht zurückprojicierte, mußte man dahin gelangen, Ulpians richtige Entscheidung für falsch zu erklären [1]). Für das römische Recht war sie richtig, für das gemeine Recht wäre sie falsch gewesen.

4. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs hat bekanntlich aus dem Eigentumsanspruch das präjudiciale Element ganz herausgestrichen [2]). Daß also heutzutage eine Analogie der replicatio rei secundum me judicatae im Falle der l 9 § 1. D. 44, 2 undenkbar ist, ist zweifellos [3]). Rückblickend stellen wir fest:

> Die Replik der l 9 § 1. D. 44, 2 hat mit der Hervorkehrung einer positiven Kraft des Urteils gegenüber einer negativen nichts zu tun, sie beschränkte vielmehr lediglich die negative Urteilskraft bei Ansprüchen, die nach römischem Rechte bloß formell identisch, aber materiell verschieden waren und die heutzutage formell und materiell identisch sind, also der Einrede der abgeurteilten Sache nicht unterliegen.

b) Die gegenwärtige Bedeutung des Inhalts der lex 9, § 1, Dig. de exc. rei jud. LXIV, 2.

§ 5.

Nach zwei Richtungen bedarf der Wert der besprochenen Stelle für die Gegenwart einer Erörterung: als eine Grundlage für das angebliche Recht auf Wiederholung der siegreich gewesenen Klage und als eine Regel für die Behauptungs- und Beweislast dessen, der sich auf die exceptio rei judicatae beruft.

[1]) So Bekker a. a. O. S. 271 und Rümelin a. a. O. S. 25, 26.

[2]) Motive zum ersten Entwurfe III. S. 396.

[3]) Richtig Pagenstecher, zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905, S. 11.

Daß ein siegreiches Urteil nach seinem Inhalte eine beliebige Wiederholung der Klage gestatte, hatte Keller nicht behauptet[1]).

Ein solches beliebiges Wiederholungsrecht ist aber in der Tat von Savigny behauptet worden[2]).

Die praktische Bedeutung der Frage ist dabei von ihm völlig verwischt worden, weil er den Unterschied zwischen einer wiederholten Klage und einer actio judicati in befremdlicher Weise bestritt[3]). Der Inhalt einer actio judicati werde sich, so bemerkt er, oftmals von demjenigen einer einfach wiederholten Klage gar nicht unterscheiden lassen. Es muß jedoch ausnahmslos bei jeder actio judicati das frühere Urteil als Teil des Klagegrundes erwähnt sein und der Klageantrag daraus hergeleitet werden. Auch darf bei ihr die Verteidigung nicht auf die Rechtslage, wie sie vor dem Urteile war, zurückgreifen, weil in ihr nicht eine einfache Wiederholung der alten Klage liegt.

Genau so wie Savigny drückt sich in der Frage, ob eine siegreiche Klage wiederholt werden dürfe, auch Windscheid aus, dessen Text jedoch durch Kipps Anmerkung eine erfreuliche Abschwächung im Sinn Kellers erfahren hat[4]).

Die sachlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit beliebiger Anspruchswiederholungen (vgl. oben S. 78) scheinen freilich von Julian in einem mehrfach[5]) herangezogenen Ausspruche für unerheblich angesehen worden zu sein:

Dig. XLIV, 2 de exc. rei judicatae fr. 16. Evidenter enim iniquissimum est proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quam judicatum est.

---

[1]) S. 582. Hier erlaubt Keller die Wiederholung einer siegreichen Klage schlechterdings nur soweit, als der Kläger keine actio judicati hat oder sich mit ihr nicht alles verschaffen kann, wozu ihn der Inhalt der Klage berechtigt. An welche Fälle Keller dabei gedacht hat, ist freilich dunkel, den gleichen Standpunkt mit Keller vertritt Dernburg zwar nicht für das römische, aber für das heutige Recht. Preuß. Privatrecht I, 5. Aufl. § 137, S. 298, Anm. 2.

[2]) System VI, S. 305.

[3]) System a. a. O.

[4]) Pand. I, § 130, Anm. 26.

[5]) z. B. von Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zeitschrift, Bd. V, S. 93. Keller a. a. O., S. 583. Buchka, Einfluß u. s. w., S. 147.

Derartige allgemeine Aussprüche muß man jedoch cum grano salis verstehen. Julian nahm wahrscheinlich an, daß gegenüber einer grundlosen Klagenwiederholung die exceptio rei judicatae dem Verklagten nicht einen Vorteil verschaffe (proficere), sondern ihn nur gegen eine zwecklose Schädigung sichere[1]).

Daß die oben besprochene l. 9, § 2. Dig. 44,2 nur ausnahmsweise[2]) die Wiederholung eines siegreichen Anspruchs erlaubt, und auch nur für das römische, nicht mehr für das gemeine und das gegenwärtige deutsche Recht, wurde im vorigen Paragraphen ausgeführt.

Das Reichsgericht hat sie freilich auch noch neuerdings zur Entscheidung eines Rechtsstreites verwertet[3]), der aber mit ihrem Inhalte nur eine begrenzte Ähnlichkeit hat, sodaß der Spruch des obersten Gerichtshofes sich auch auf andere Weise hätte begründen lassen.

Ein Kläger hatte im Ausland einen Prozeß verloren, konnte ihn aber im Inlande nicht vollstrecken lassen, weil das Urteil zu denjenigen ausländischen Entscheidungen gehörte, denen das deutsche Prozeßrecht die Vollstreckbarkeit versagt (C. P. O. § 720)[4]).

Hier mußte allerdings eine Wiederholung der Klage gestattet werden. Dabei waltete aber natürlich noch ein besonderer

---

[1]) Nicht mit Unrecht sieht man in dem Verbote der beliebigen Prozeßwiederholungen, das sich schon aus dem Mangel eines privatrechtlichen Bedürfnisses an solchen Wiederholungen rechtfertigt, sogar einen Satz des öffentlichen Rechts vgl. Endemann, Lehrbuch des Bürg. R. I § 89 a. Anm. 3. 9. Aufl. Ähnlich Hellwig, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1902. § 2 S. 7 ff. Crome, System I § 130. Anm. 8. S. 571. — Gegen die Wiederholung der siegreichen Klage vgl. auch ein Urteil des O. B. G. R. Dresden in Seufferts Archiv. Bd. 42 nr. 228. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht S. 148 nennt die Gewährung einer wiederholten Klage ohne besonderes Bedürfnis sogar „eine wahre Sinnlosigkeit". Wenn endlich Dig. 44, 2, fr. 6 (Paulus) eine Prozeßwiederholung für unstatthaft hält: maxime si diversa pronuntiarentur, so liegt darin, daß sie (wenn auch in minder hohem Grade) ebenfalls dann unstatthaft sein muß: si eadem bis pronuntiarentur.

[2]) Gegen eine Verallgemeinerung Bekker, Aktionen I. S. 351.

[3]) Urteil des ersten Civilsenats v. 30. Juni 1886. Entsch. Bd. 16, nr. 106, S. 427 ff. 434 ff. bes. 435.

[4]) Von der Wirkung der Rechtskraft über die Landesgrenzen hinaus spricht Zitelmann, Internationales Privatrecht II. S. 267 ff.

Grund vor, der den Fall der l. 9 § 1. cit. nicht betrifft. Ist nämlich ein ausländischer Spruch so geringwertig, daß das Gesetz ihm die Vollstreckbarkeit versagt, so scheint es angemessen ihm auch die Consumptionskraft abzusprechen. Der neue Prozeß ist hier in den Augen des Gesetzes deshalb keine Wiederholung des alten, weil dieser für nichts gilt.

Immerhin muß zugestanden werden, daß bei den nichtvollstreckungskräftigen Urteilen des Auslandes ausnahmsweise die Wiederholung einer siegreich gewesenen Klage möglich ist.

Daß hierbei ähnliche Billigkeitserwägungen obwalten, wie bei der Entscheidung des Ulpian in D. XLIV, 2, 9, 1., muß ebenfalls dem Reichsgerichte zugestanden werden.

Der Unterschied zwischen der Reichsgerichtsentscheidung und der besprochenen l. 9 § 1. Dig. 44, 2 liegt aber trotzdem darin, daß ausländische minderwertige Urteile, die keine Vollstreckbarkeit besitzen, überhaupt nicht zur exceptio rei judicatae taugen, mag der ausländische Prozeß vom Kläger gewonnen sein oder nicht. Gegen eine solche exceptio würde daher nicht die Replik des Prozeßgewinnes, sondern die Replik der Unzulänglichkeit des ausländischen Urteils gehen (keine replica secundum me judicatae, sondern rei imperfecte judicatae). Diese Unzulänglichkeit muß aber auch zu Gunsten des besiegten Klägers gelten. Freilich läßt sich darüber streiten; denn in dem Falle, daß der Kläger den Prozeß gewonnen hat, aber dessen Ergebnis nicht vollstrecken lassen kann, erscheint es weit notwendiger, ihm durch eine Klagenwiederholung zu helfen, als in dem andern, in dem er von der auswärtigen Behörde, die er selbst angerufen hatte, zurückgewiesen worden ist.

Nimmt man dies an, so verstärkt sich die Ähnlichkeit der Ulpinianischen Entscheidung mit dem Urteile des Reichsgerichts.

Es fragt sich nun, ob man nicht noch weiter gehen müsse [1]), und dem Kläger, dessen früherer Prozeßgewinn ihn aus irgend einem Grunde (Verlust der Akten und dergl.) nicht zur Vollstreckung verhelfen kann, eine wiederholte Klage zu gestatten habe, wie das im Wesentlichen herrschende Meinung ist [2]). Kipp,

---

[1]) Dafür die Gründe des Reichsgerichts a. a. O.

[2]) S. oben S. 90 Anm. 4.

der sie teilt, hebt mit Recht hervor[1]), daß eine solche Klage niemals dem Kläger vorteilhafter sein dürfe, als das erste Urteil gewesen wäre[2]).

Freilich ist es höchst fraglich, ob die Römer der Klagenwiederholung, die sie ausnahmsweise gestatteten, diese Schranke gesetzt haben. Ulpian erwähnt sie in Dig. 44, 2, 9, 1 nicht.

Jedenfalls würde sie sich aber für das heutige Recht rechtfertigen; denn ohne sie würde der Kläger als Ersatz für das ihm fehlende Recht auf Vollstreckung mehr erhalten, als sein Schaden beträgt. Die erwähnte Quellenstelle bindet uns nicht, weil sie einen veralteten Fall betrifft.

Ist dem aber so, so kann man noch einen Schritt weiter gehen als Kipp und dem Kläger, der außer Stande ist, sein siegreiches Urteil zur Vollstreckung zu bringen[3]), die Klagenwiederholung grundsätzlich verweigern und ihn lediglich auf die actio judicati verweisen[4]). Ein Gesetzestext, der eine solche actio judicati im Bedürfnisfalle gewährt, läßt sich freilich nicht finden. Da aber unsere Zeit für jedes Recht die erforderliche Klage im Zweifel ohne Weiteres gewährt, so muß es auch die Judicatsklage dann geben, wenn ohne sie das Recht klaglos sein würde. Es gilt hier nichts anderes, als in dem ähnlichen Falle eines zweideutigen Urteilstextes[5]). Hier kann ebenfalls nicht die ältere Klage wiederholt, sondern nur eine neue actio judicati auf Feststellung des wahren Urteilsinhaltes gegeben werden.

---

[1]) Pand. I, § 130. A. 26, S. 580.

[2]) Namentlich sei sie nicht zu verwenden, um § 669 C. P. O. zu umgehen. Kipp a. a. O.

[3]) So lange er noch in der Lage ist statt der verlorenen vollstreckbaren Ausfertigung eine andere zu erlangen (C. P. O. § 733), wird man nicht annehmen können, daß er in dieser Notlage ist. Eccius, preußisches Privatrecht Bd. I, § 56. Anm. 2.

[4]) Dies ist die Meinung von Eccius a. a. O. gegen Dernburg Bd. 1 § 137 und gegen den ersten Entwurf des B. G. B. I, § 191 und die Motive I S. 375 zu 3, die sich auf Dernburgs Standpunkt stellen. Nach Eccius muß der besonnene Anwalt in solchem Falle zur actio judicati raten und „höchstens zur eventuellen Begründung" die ursprüngliche Klage mit ihr verbinden. Diese letztere Vorsichtsmaßregel rechtfertigt sich daraus, daß ein sorgsamer Anwalt auf herrschende Ansichten auch dann Rücksicht nimmt, wenn sie unrichtig sind. Vielleicht wird aber noch einmal der Stand der Wissenschaft diese Vorsichtsmaßregel überflüssig machen.

[5]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pand. I § 129 Anm. 2, § 130 Anm. 26.

Das Gesagte erweckt nur dann Bedenken, wenn der Kläger auch nicht einmal die Tatsache und den Inhalt des früheren günstigen Urteils nachweisen kann, also nicht einmal die actio judicati zu begründen in der Lage ist.

Wiederholt hier der Kläger den früheren Anspruch und beruft sich dagegen der Beklagte auf das frühere Urteil, ohne aufzuklären, wer damals Sieger war, so ist der Klageanspruch verloren. Eine replicatio rei secundum actorem judicatae würde dem Kläger deshalb nicht zustehen, weil er ihre tatsächliche Grundlage nicht beweisen könnte. Das mag unbillig scheinen, es ist dies aber nur eine Anwendung der allgemeinen Regel, daß es vor dem Richter ohne Beweis kein Recht gibt.

Ein Recht auf Wiederholung der siegreichen Klage läßt sich also der Ulpinianischen Entscheidung für das gegenwärtige Recht nicht entnehmen.

Es bleibt nur noch zu erwägen, ob die in ihr enthaltene Verteilung der Beweislast für das Recht unserer Zeit als Vorbild verwertbar ist. Diese Verteilung besteht darin, daß der Verklagte zur Abwehr der wiederholten Klage nur die Tatsache eines früheren Urteils über denselben Anspruch zu behaupten braucht, während der replicierende Kläger die Gründe, aus denen das Urteil nicht gegen ihn wirkte, darzutun, also „eines genauen Eingehens auf den Inhalt des Vorprozesses“ [1]) benötigt war. Man hat die Ansicht ausgesprochen, daß dies nur auf einer mangelhaften Fassung der exceptio rei judicatae beruhte [2]). Diese Ansicht hängt sicherlich mit der schon erwähnten Meinung zusammen, nach der das Widerspiel von exceptio und replicatio mit der konsumierenden Kraft der Litiscontestation stand und fiel. Richtig ist, daß die Verteilung der Beweislast, wie sie uns in Dig. XLIV, 2, 9, 1 entgegentritt, aus dieser Kraft allerdings unmittelbar folgte, weil die Litiscontestation noch keine Feststellung des Prozeßsiegers enthalten konnte. Diese Kraft ist bekanntlich weggefallen. Keller scheint daher auch jene Beweisverteilung nicht mehr als gültig anzuerkennen (vgl. oben S. 69). Es ergibt sich dies aus dem von ihm behaupteten späteren Wegfalle der negativen Funktion der

---

[1]) So Dernburg, preuß. Privatrecht I, 5. Aufl. § 137. S. 297.

[2]) Hölder, Pandekten, S. 392.

Einrede der abgeurteilten Sache und der Bedeutung, die er dieser Funktion zuspricht[1]). Jene Consumptionskraft war aber keineswegs der einzige Grund, der sich für die Zulässigkeit einer exceptio rei judicatae, die den Sieger nicht nannte, anführen ließ. Wie wir gesehen haben, darf (zu allen Zeiten) die Klage (mindestens in der Regel) nicht wiederholt werden, mag sie siegreich gewesen sein oder nicht. Darum muß zur Ausschließung einer wiederholten Klage schon der Erweis der Tatsache eines früheren Urteils über die gleiche Klage genügen. Mindestens ist dies der Fall nach weiterverbreiteten Anschauungen, die das Regelmäßige oder dem gewöhnlichen Laufe der Dinge Entsprechende entweder nicht für beweisbedürftig[2]) oder, was nahezu auf dasselbe hinausläuft, als „bewiesen“[3]) ansehen. In diesem Sinne ist dies richterliche Verbot einer Anspruchswiederholung erwiesen, sobald über den Anspruch entschieden ist, mag er nun anerkannt oder verworfen worden sein[4]).

Ein Bedürfnis zu einer so oberflächlichen Begründung des Urteils wird freilich nur selten vorliegen.

Wer ein Urteil hervorkehrt, beruft sich natürlich immer auch auf den Inhalt, sobald er die Akten oder die Ausfertigung vorlegt. Das moderne Beurkundungswesen bringt dies mit sich.

Es ist aber möglich, daß auch ohnedies die bloße Tatsache des Urteils über einen Anspruch durch Zeugen oder anderweitig bewiesen wird, weil die Urkunden verloren gegangen sind oder die Partei es für vorteilhaft hält, sie nicht beizubringen. Namentlich wird bei Urteilen, die im Auslande gefällt sind, derartiges vorkommen[5]).

Das wäre dann eine Einrede der bloßen Tatsache eines früheren Urteils über denselben Gegenstand mit Verschweigung des Siegers.

---

[1]) Litisc. und Urteil S. 223 Anm. 4.

[2]) Vgl. über diese Wahrscheinlichkeitstheorie Franz Leonhard, die Beweislast. Berlin 1904. S. 114 ff. (§ 58) und ebenda S. 70 § 14 gegen eine andere ebenfalls hier in Betracht kommende Anschauung.

[3]) So nach der Auffassung der in der vorigen Anmerkung angeführten Schrift meines Bruders.

[4]) Die völlig entgegengesetzte Ansicht wird freilich von Dernburg vertreten (preuß. Privatrecht I. 5. Aufl. § 137. A. 2. S. 298), und zwar ohne Angabe von Gründen.

[5]) Dernburg, pr. Privatrecht. 5. Aufl. I. § 137. S. 298. A. 2.

Eine solche Einrede genügt nun auch heutzutage da, wo es sich nur um die Abwehr eines wiederholt vor Gericht gebrachten Anspruchs handelt, nicht jedoch dort, wo aus dem Inhalte des früheren Urteils etwas anderes gefolgert werden soll[1]).

Darum besteht auch noch heute ein Bedürfnis, daß man die beiden Begründungsarten der Urteilseinrede unterscheidet. Diese Unterscheidung angeregt zu haben, bleibt Kellers Verdienst.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der Grundsatz, den l. 9 § 1. cit für die Substantiierung und den Beweis einer lediglich abwehrenden exceptio rei judicatae aufstellt, auch für die heutige Praxis von Wert ist. Ihr Inhalt ist in diesem Punkte nicht veraltet[2]).

2. Die Replik des günstigen Zuschlagsurteils[3]).

(lex 16 § 5. Dig. de pignoribus XX, 1).

§ 6.

Das Widerspiel von exceptio rei judicatae und replicatio rei secundum me judicatae wiederholt sich noch in einer zweiten Stelle Dig. XX, 1 de pignor. fr. 16. § 5. (Marcianus) libro singulari ad formulam hypothecariam:

Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam, quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium ejus vindicare non

[1]) Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts 9. Aufl. B. 1. § 89a Anm. 4. meint, in Anlehnung an bekannte Anschauungen Bülow's (Archiv f. civ. Praxis, Bd. 83. S. 1 ff.), daß heutzutage das Gericht das frühere Urteil von Amts wegen zu beachten habe und man von einer Einrede der Rechtskraft nicht mehr reden könne. Dies geht m. E. zu weit. Nicht jedes Interesse des öffentlichen Rechts ist von Amts wegen zu beachten.

[2]) Anders namentlich v. Savigny, System VI S. 309, Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts 1842. Bd. II. § 73. S. 557 und viele andere.

[3]) Ältere Literatur zu l. 16 § 5 Dig. de pignor. XX, 1., s. b. Ribbentrop, commentatio ad l. 16 § 5 Dig. de pign. etc. Gottingae 1824. pag. 47. Aus der neueren sind hervorzuheben Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 591. Bekker, proc. Consumption S. 132, Anm. 13. 317 ff. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. S. 156 ff. Krüger, processuale Consumption 123 ff. G. Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae, Tübingen 1875, S. 23 ff. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836, § 60 S. 660 Anm. 3, nennt Dig. XX, 1, 16, 5 „eine Stelle mit der man nicht recht weiß, was man anfangen und wo man sie hinbringen soll".

potest, sed hypothecaria agere potest, et si exceptio objicietur a possessore rei judicatae, replicet: si secundum me judicatum non est.[1])

Dies legte den Gedanken nahe, daß beide Stellen im wesentlichen gleichartige Fälle betreffen und namentlich, daß in beiden eine Wiederholung der schon früher angestellten Klage ausnahmsweise durch Replik gewährt werde.

Dieser Gedanke zieht sich dann neben andern mißglückten Deutungen auch durch die Mannigfaltigkeit der Erklärungsversuche seit der Glosse hindurch[2]). Da diese alle mehr oder weniger unbefriedigend ausgefallen sind, so erübrigt sich ihre Besprechung.

Es soll statt dessen der Nachweis versucht werden, daß die Stelle von einer Klagenwiederholung überhaupt nicht redet.

Wenn einem Pfandgläubiger ein Pfand durch Endurteil zugesprochen war, so konnte er zur Zeit der Geldcondemnation die Urteilssumme im Wege der Zwangsvollstreckung erlangen, im späteren Verfahren die Sache selbst. Wurde also die Frage aufgeworfen, auf welche Weise er in den Besitz der Sache kommen könnte, so lag nichts näher, als ihn auf die actio judicati zu verweisen[3]).

Marcian vertritt anscheinend die Meinung, daß der siegreiche Kläger seine Klage wiederholen müsse, wobei ihn die replicatio: „si non secundum me judicatum est“ gegen eine exceptio rei judicatae schützen werde.

Diese Deutung würde jedoch nur dann einen Sinn haben, wenn das erste Urteil aus irgend einem Grunde (z. B. wegen Nichtbesitz des Verklagten) zunächst nicht vollstreckbar gewesen wäre und der Verklagte erst später den Besitz erlangt hätte, wie dies beides in D. 44, 2, 9, 1 vorausgesetzt wurde.

Von diesen beiden Voraussetzungen ist aber in unserer Stelle schlechterdings nicht die Rede. Wollen wir sie aber nicht hinzu-

---

[1]) Die von Ribbentrop, commentatio S. 47 und Keller, Litisc. u. Urt S. 591 Anm. 2 erwähnten abweichenden Lesarten haben keine Billigung gefunden; vgl. Lenel, Polingenesia I, p. 649, Marcianus 28.

[2]) vgl. Keller, Litiscontestation und Urteil S. 593.

[3]) Davon, daß die Sache nach dem ersten Urteile dem Kläger herausgegeben worden ist, sagt die Stelle nichts.

dichten, so würde die Stelle völlig widersinnig sein, falls man sie in der angegebenen Art deutete.

Wiederholt nämlich der Kläger einen gewonnenen Prozeß und kommt zum zweiten Male zum Siege, so ist er der begehrten Sache auch nicht um einen Schritt näher gekommen, als vorher. Es wäre in der Tat ein seltsames Mittel für seinen Zweck, das ihm damit anempfohlen würde. Auch blieben bei dieser Deutung die Worte: „Nam dominium ejus vindicare non potest" unerklärt. Sie sind dann nur allzu wahr. Ein Pfandgläubiger ist allerdings kein Eigentümer und kann als solcher nicht klagen. Undenkbar aber ist es, daß ein Jurist eine solche Binsenwahrheit mit „nam" als Beweisgrund anführen konnte. Nach Ribbentrop [1]) wollte er hervorheben, daß der Pfandgläubiger kein fiduciarischer sei und folgeweise das Eigentum am Pfande nicht habe. Dies wäre aber ein rein tatsächlicher Umstand, kein Argument. Ein solcher konnte wohl erzählt, aber nicht mit „nam" als Grund der getroffenen Entscheidung angeführt werden.

In Wahrheit wird auch hier die möglichst wörtliche Übersetzung die beste sein, d. h. eine solche, die das Wort adjudicatio in seiner gewöhnlichen [2]) Bedeutung versteht.

Die regelmäßige Bedeutung der adjudicatio ist das Zuschlagsurteil im Teilungsverfahren.

Der Versuch, diesen Umstand zu verwerten, lag zu nahe, als daß er nicht auch schon früher gemacht worden wäre. Ribbentrop stand einen Schritt vor der richtigen Übersetzung des Wortes adjudicare [3]). Er erwog sie und verwarf sie. Buchka billigte dies, seitdem kommt das Gegenteil nicht mehr in Frage. Allein Ribbentrop verfehlte den richtigen Sinn deshalb, weil er hypotheca falsch übersetzte. Die hypotheca adjudicata ist ihm das im Teilungs-

---

[1]) Commentatio p. 58. Zustimmend Koller a. a. O. und Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis S. 161.

[2]) Vgl. das Vocabularium jurisprud. Romanae von Gradenwitz u. s. w. unter adjudicatio Nr. 1. Für die Bedeutung „rem adjudicare in rem agenti judicio non divisorio" werden nur drei Beweisstellen erwähnt D. XX, 4, 12 pr. XXI, 2, 63, 1 und unsere Stelle D. XX. 1, 16, 5, die nach den Ausführungen des Textes dort zu streichen sein würde.

[3]) Commentatio. S. 48. Zustimmend Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. S. 156.

verfahren zugeschlagene Pfandrecht. In Wahrheit ist sie hier das durch Teilungsurteil als Eigentum zugesprochene Pfandstück.

Man könnte freilich meinen, daß ein Eigentumszuschlag gegenüber einem Pfandanspruche, der zu seinem Inhalte im Gegensatze stehe, deshalb keine exceptio rei judicatae begründe, weil der frühere Teilungsanspruch nicht mit dem späteren Pfandanspruche übereinstimmt. In Wahrheit sind aber die beiden Ansprüche noch mehr als identisch; der Teilungsanspruch umfaßt alle dinglichen Rechte der Parteien am Teilungsgegenstande, die dem erwünschten Teilungsurteile im Wege stehen könnten, also auch ihre Pfandrechte. In majori inest minus, der Pfandanspruch ist ein Stück von dem Ganzen, das in das judicium divisorium hineinkam[1]). Er wird später zwar nicht eigentlich wiederholt, aber immerhin zum zweiten Male der richterlichen Gewalt unterstellt. Darauf kommt es an; diese doppelte Unterstellung soll durch die exceptio rei judicatae abgewehrt werden[2]).

Erläutern wir nunmehr die Stelle unter richtiger Übersetzung des adjudicare.

Die Sache ist durch ein Teilungsurteil einem Pfandgläubiger zugeschlagen worden. Da er aber als solcher gar nicht Partei im Teilungsprozesse sein konnte, ist dies nur so denkbar, daß sein Pfandrecht, (das vielleicht ererbt war), ihm selbst und dem jetzigen Besitzer, (der vielleicht ebenfalls als Erbe in fremde Verhältnisse hineingekommen war), unbekannt blieb, während beide

[1]) Daß auch das Teilungsverfahren konsumierende Kraft hat, ist zweifellos (Bekker proc. Cons. S. 121). Eine zweite Klage auf ein konstitutives Urteil ist, wie Hellwig (Anspruch und Klagerecht 1900 S. 165) hervorhebt, undenkbar. Doch umfaßt die res, die hier in judicium deduciert wird, die Gesamtheit der dinglichen Rechte der Parteien am Teilungsgegenstande.

[2]) In G. Rümelins Redeweise (a.a.O. S. 7) müßte man sagen: der zweite Anspruch ist früher „zwar nicht angebracht, aber doch abgeurteilt worden". Affolter (das römische Institutions-System Berlin 97. S. 280 ff.) spricht in solchen Fällen von einer „synthetischen Identität" des früheren und des späteren Prozeßgegenstandes. Mit dieser Theorie Affolters beschäftigt sich H. Erman (Prof. in Münster), Mélanges Ch. Appleton D. (44,2) 21 § 4. études de droit classique et Byzantin. Lyon A. Rey 1903 (annales de l'université de Lyon), eine höchst inhaltreiche Schrift, in der „im kleinsten Punkte die größeste Kraft" betätigt ist, d. h. aus der Auslegung einer Stelle, die einen ganz speziellen Fall betrifft, grundlegende Sätze für die richtige Behandlung der Quellentexte entwickelt werden.

irrtümlicher Weise als Miteigentümer galten. Dem einen wurde dann im Teilungsprozesse die ganze Sache allein zugesprochen, der andere für den Verlust seines Anteils auf andere Weise entschädigt.

Erst später stellt sich heraus, daß der im Zuschlagsurteile Begünstigte nicht Miteigentümer war, sondern Pfandgläubiger. Es fragt sich, ob er dies Urteil für sich geltend machen könne. Marcian verneint dies: „Nan dominium ejus vindicare non potest." Der Grund liegt wohl darin, daß das Teilungsverfahren ihm kein Eigentum verschaffen konnte, weil er überhaupt kein Anrecht hatte, aus diesem Verfahren Rechte herzuleiten, in dem er nicht als Partei auftreten durfte, da er ja in Wirklichkeit gar nicht Miteigentümer war [1]).

Die römische Teilungsklage war überhaupt grundsätzlich erfolglos (irrita), wenn sie unter Umständen gegeben wurde, unter denen ihre Erteilung unzulässig war, namentlich auch dann, wenn nach Lage der Sache statt der actio finium regundorum eine andere Klage hätte gegeben werden sollen [2]).

Eigentum hat also der Sieger nicht erlangt (dominium vindicare non potest). Es fragt sich nun, ob er nicht durch das Teilungsverfahren auch noch sein Pfandrecht verscherzt habe. Von diesem hat das Urteil freilich nicht gesprochen. Aber trotzdem liegt die Frage nahe, ob er es nicht verloren habe. Wäre nicht ihm das Eigentum zugesprochen worden, sondern dem Gegner, so würde ihm in der Tat die exceptio rei judicatae entgegenstehen, da das Urteil unter den Parteien Recht schafft und alle Befugnisse zerstört, die dem im Wege stehen. Hiernach kann man also bei einem Teilungsverfahren, an dem man nicht teilnahmeberechtigt war, zwar keine Befugnisse erwerben, wohl aber solche verlieren. Da jedoch der Pfandgläubiger selbst als Eigentümer

---

[1]) Vgl. Kipp (Windscheid-Kipp, Pandekten. I. § 132. A. 13): „Nur ist die Adjudication eine derivative Erwerbsart und der Adjudicator muß im Streitfalle beweisen, daß er und sein Teilungsgegner vor der Adjudication Miteigentümer waren". Diese Ansicht Kipps, die sich lediglich auf sein gesundes Rechtsgefühl stützt, gewinnt durch die im Text gegebene Auslegung der lex 16 §5. Dig. XX, 1 eine quellenmäßige Grundlage.

[2]) Vgl. Frontinus (Lachmann-Rudorff) p. 43 Z. 26, p. 44 Z. 3 (quando de alia re judicem aut arbitrum sumpserit).

im Zuschlagurteile genannt ist, so wäre es unbillig und chicanös, wenn er durch ein solches, für ihn wertloses Urteil leiden sollte. Dies Urteil wollte ihn begünstigen, aber nicht schädigen. Will und kann er davon keinen Gebrauch machen, so muß es ihm doch unbenommen bleiben, auf sein wahres Recht, das Pfandrecht zurückzugreifen. Beruft sich der Gegner nunmehr darauf, daß das Zuschlagsurteil dies Pfandrecht nicht erwähnt, also zerstört habe, so antwortet der Kläger mit der Replik der Chicane (replicatio doli = replicatio si non secundum me judicatum est). Freilich muß der Kläger den vollen Inhalt des Zuschlagsurteils nachweisen, während dem Beklagten nur der Beweis obliegt, daß unter den Parteien ein Zuschlagsurteil im Teilungsverfahren gefällt worden ist.

So bestätigt denn diese Stelle das oben über die Begründung und den Beweis der exceptio rei judicatae Ausgeführte. Dagegen ist sie für die Lehre von der Wiederholung siegreicher Klagen gänzlich unbrauchbar. Dafür wirft sie ein erfreuliches Licht in die dunkle Lehre von dem Einflusse des Teilungsverfahrens auf die Rechte der Parteien [1]).

Das römische Teilungsurteil ist nun freilich nicht in das B. G. B. aufgenommen worden [2]).

Ein Beispiel möge jedoch dartun, daß trotz der Beseitigung des Teilungsurteils der Grundgedanke des Ausspruchs Marcians (XX, 1, 16, 5) noch für die Gegenwart von Wert ist.

Man nehme an, daß jemand für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber, die er für verloren hält, ein Ausschlußurteil erwirkt. Hinterher findet er das Papier. Der Schuldner erhebt gegen ihn die exceptio rei judicatae. Der Gläubiger weist nach, daß secundum se judicatum est, indem er zugleich auf seine Rechte aus dem Amortisationsurteile verzichtet.

---

[1]) Mit der processualen Consumption scheint man bei Teilungsklagen (Bekker, Consumption S. 121 ff.) es nicht so streng genommen zu haben, wie bei andern Klagen. Wenn nämlich die Teilung von dem Richter nicht vollständig erledigt war, so konnte unmöglich dieser Zustand der Unordnung dauernd unanfechtbar bleiben. Vielmehr konnte die Partei hier völlige Teilung nachträglich verlangen und zwar nach Paul. I, 18 § 1 von dem bereits ernannten Richter. Nach Ulpian X, 3 fr. 20 § 4 war sogar eine neue Klage causa cognita nicht unmöglich.

[2]) Motive I, 369.

Mit andern Worten: Es war die Duplicität des judicium divisorium und die einerseits konstitutive[1]), andererseits derivative Kraft des Teilungsurteils, die in dem Ausspruche Marcians zu der eigenartigen Replik des Prozeßgewinnes hinführte, weil in jedem constitutiven Urteile eine Präclusivkraft steckt, die sich auch gegen den Sieger selbst kehren kann[2]).

Allerdings hat auch jedes andere Urteil, wenn es unrichtiger Weise ein dingliches Recht anerkennt, eine constitutive Wirkung[3]). Trotzdem läßt sich das bisher zur l. 16 § 5 D. XX, 1 Ausgeführte bei diesen quasi-constitutiven Urteilen nicht ohne Weiteres anwenden, weil man hier von dem Kläger nicht sagen kann: dominium vindicare non potest.

---

[1]) Diese ist außer Zweifel: vgl. Regelsberger, Pand. I S. 699.

[2]) Zum Wesen des constitutiven Urteils vgl. Kipp, die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. Kiel und Leipzig 1892 S. 56. Zitelmann, internationales Privatrecht II, S. 281. Hellwig, Wesen und subj. Begründung der Rechtskraft 1902 S. 3, dessen Behauptung, daß das constitutive Urteil grundsätzlich gegenüber jedermann wirke, in solcher Allgemeinheit nicht unbedenklich ist oder höchstens in dem Sinne gelten kann, in dem Mendelssohn-Bartholdy Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900 S. 509, eine Rechtskraftwirkung gegen Dritte ganz allgemein anerkennen will (vgl. daselbst auch S. 310, 311). Für die Erklärung der l. 16 § 5. D. XX, 1 genügt die Duplicität des judicium divisorium. Vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1903 S. 165. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903 S. 57, 64. Endemann, Lehrbuch d. bürg. R. 9. Aufl., I, S. 538 § 89 b, c.

[3]) Vgl. O. Fischer in Jherings dogmat. Jahrb. Bd. 40, S. 158 u. 247. v. Bar bemerkt in v. Holtzendorff's Encyklopädie 5. Auflage S. 819: „Das im Urteil Festgestellte ... soll das materielle Recht faktisch nicht ändern, dasselbe nur klarstellen; aber juristisch muß es jene erstere Wirkung haben können“. Näheres b. Kohler in derselben Encyklopädie 6. Aufl. II, S. 147. Es macht hierbei wenig aus, ob diese rechtserzeugende Kraft des Urteils dem materiellen Rechte oder dem Prozeßrechte zuzusprechen ist; vgl. hierüber Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, S. 18 ff. und dazu Pagenstecher, zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905, S. 69 ff. Auch das macht nichts aus, daß das vom unrichtigen Urteile erzeugte Recht, namentlich bei dinglichen Rechten in seinem Inhalte hinter einem wahren, anderweitig entstandenen Rechte derselben Art zurücksteht; vgl. Pagenstecher a. a. O. § 67, S. 465, bes. 467. Anm. 83.

Dies beweist auch eine Entscheidung des Pomponius (libro trigesimo primo ad Sabinum)[1]). Dig. XLIV, 2, 21, 3: Si fundum meum esse petiero, deinde postea usum fructum ejusdem fundi petam qui[2]) ex illa causa ex qua fundus meus erat, meus sit: exceptio mihi obstabit, quia qui fundum habet, usum fructum suum vindicare non potest.

Nehmen wir an, daß jemand ein Eigentum klageweise geltend gemacht hat und hinterher es vorzieht, auf ein vermeintlich vorhandenes Nießbrauchsrecht klagend zurückzugreifen, so kann sich der Verklagte zur Abwehr der neuen Klage auf das frühere Verfahren berufen.

Man muß sich also vor einer zu weiten Ausdehnung des gefundenen Rechtssatzes hüten.

Bei falscher Übersetzung des adjudicare bietet unsere Stelle (Dig. XX, 1 fr. 16 § 5) unlösbare Rätsel, bei richtiger wirft sie ein neues Licht auf den Umfang der Rechtskraft der Teilurteile.

3. Die Replik des Prozessgewinnes gegen ein einredeweise vorgeschütztes Recht.

§ 7.

Die besprochenen Fälle sind nicht die einzigen, in denen eine Replik des Prozeßgewinns Erwähnung findet.

Die replica rei secundum me judicatae kommt auch noch in einer Reihe von Fällen vor, in denen sie nicht einer exceptio rei judicatae einschränkend gegenübertritt, sondern einer andern exceptio, z. B. der exceptio dominii[3]).

A. hat z. B. das Eigentum an einem Hund erstritten, dieser wird ihm herausgegeben, läuft aber zu dem früheren Beklagten zurück. A. klagt mit der actio Publiciana auf Herausgabe. Der

---

[1]) Vgl. Affolter, das röm. Institutionensystem S. 281.

[2]) Mommsen denkt hier an Einschiebung eines non, doch halte ich sie nicht für nötig. Der Eigentumserwerbsgrund wird im zweiten Prozesse vom Kläger als Nießbrauchbestellung gedeutet und zwar mit Unrecht (meus erat).

[3]) Dig. 44, 2 de exc. r. jud. fr. 15. 24. 30 § 1. Dig. III, 3. fr. 40 § 2. Rümelin a. a. O. S. 9.

Beklagte beruft sich auf sein ihm aberkanntes Eigentum. Der Kläger repliziert mit dem Hinweise auf das siegreiche Urteil.

Es haben sich hier die Rollen vertauscht. Der Kläger, nicht der Beklagte erhebt den Vorwurf der unzulässigen Prozeßwiederholung, dessen der Beklagte sich durch seine Einrede schuldig macht (Reus in exceptione actor)[1].

Muß er hier seine Replik mit der bloßen Tatsache des früheren Urteils über dieselbe Sache begründen oder mit dem vollen Inhalte des Urteils unter Nennung des Prozeßsiegers? Das Letztere ist anzunehmen.

Diese Replik hat nämlich hier nur dann einen rechten Sinn, wenn der Beklagte den Eigentumsprozeß verloren, nicht aber, wenn er ihn gewonnen hatte. Der Kläger muß daher den Vorwurf auf den vollen Inhalt des früheren Urteils stützen. Für eine duplicatio rei secundum me judicatae ist hier kein Raum.

Daraus ergibt sich, daß in diesen Fällen die volle Behauptungs- und Beweislast für den Inhalt des Urteils auf den replicierenden Kläger fällt und nicht etwa ein Teil davon dem Beklagten obliegt. Es ist dies wohl auch bisher unbestritten geblieben[2].

Für die Lehre von den beiden „Funktionen“ im Sinne Kellers ist also diese Gruppe der Repliken ohne Bedeutung.

---

[1]) vgl. Kipp (Windscheid-Kipp Pandekten). 8. Aufl. I. § 130 Anm. 17 S. 574. Kohler in v. Holtzendorff-Kohler's Encyklop. II. S. 146.

[2]) Es wäre ja nicht geradezu undenkbar, daß im Formularprocesse der exceptio dominii sogar eine bloße replicatio rei (i. e. rei vindicationis) in judicium deductae entgegenstand und daher auch zu Justinians Zeit der Kläger bei der entsprechenden replicatio rei judicatae den Ausfall des früheren Prozesses nicht aufzuklären brauchte. Doch ist uns hiervon nichts überliefert.

IV.

Ergebnisse.

§ 8.

Für die Rechtsgeschichte ergab sich aus dem oben Ausgeführten, daß die Vorstellung, nach der eine positive Urteilskraft allmählich gegenüber einer negativen vorgedrungen ist, zum Absterben reif ist. Schon in alter Zeit decken sich die Einflüsse des Urteilsinhalts und der Urteilsfällung. Allerdings haftete die bloß abwehrende Kraft des Urteils gegenüber Prozeßwiederholungen zunächst an der Litiscontestation und erst später am Urteile. Darin liegt aber nicht ein Sieg der sogenannten positiven Funktion über die bloß negative, sondern nur eine Verschiebung des Augenblicks, in dem die letztere eintrat.

Zweifelhaft und unaufgeklärt mag bleiben, ob die replicatio rei secundum me judicatae, welche die negative Kraft des Urteils abschwächte und beschränkte, erst späteren Rechtens ist. Vielleicht ist sie so alt, wie die exceptio rei judicatae [1]), vielleicht gab es in der Praxis zwei Strömungen, von denen die eine diese Replik gewährte, die andere sie ablehnte, bis Ulpians und Marcians Autorität der ersteren zur Herrschaft verhalf.

Bedenken wir freilich, daß die beiden Fälle der replicatio des Urteilsinhalts gegenüber einer exceptio rei judicatae (Dig. 44, 2, 9, 1 und XX, 1, 16, 5) nichts anderes waren, als Fälle des Chikaneverbots und seiner Durchführung in der Form einer replicatio doli, so spricht dies für eine spätere Entstehung dieser Abschwächungen der bloß negativen Urteilsfunktion, die man sehr verkehrter Weise als positive Funktion bezeichnet hat [2]).

---

[1]) Dies nimmt z. B. Krüger, prozessuale Konsumption. Leipzig 1864. S. 118 für Dig. 44, 2, 9, 1 an.

[2]) Wie konnte man nur auf den Abweg geraten, Abschwächungen einer Zerstörungskraft als schöpferische Mächte zu bezeichnen? Wer wird von einem Rauchverzehrer, der anfängt schadhaft zu werden, behaupten, daß seine negative Funktion nunmehr durch eine positive ersetzt sei? Solche Dinge sind nur möglich, wenn man die Gedankenwelt und die Außenwelt verwechselt und den Satz: „Eine doppelte Negation gibt eine Bejahung“

Für die gegenwärtige Praxis fanden wir drei Ergebnisse:

1. Die Wiederholung der bereits siegreich gewesenen Klage ist unzulässig, sofern das erste Urteil im Inlande als vollkräftig gilt.

2. Zur Abwehr einer unzulässiger Weise zum zweiten Male vor Gericht gebrachten Klage braucht nicht festgestellt zu werden, welche der beiden Parteien den früheren Prozeß gewonnen hat.

3. Ein konstitutives Urteil, das das zugesprochene Recht dem Sieger nicht zu verleihen vermag, läßt dessen frühere Rechte unangetastet.

Diese Ergebnisse würden sich auch aus allgemeinen Zweckerwägungen rechtfertigen lassen, aber schwerlich würde man ohne ihre rechtsgeschichtliche Grundlage auf sie verfallen.

Das Vorstehende soll daher die Abhängigkeit veranschaulichen, in der nicht bloß Rechtssätze, sondern auch Rechtsbegriffe von geschichtlichen Zufälligkeiten stehen.

Darum diene es als geringer Beitrag zur Feier eines hochverdienten Gelehrten, der, ausgezeichnet durch Erfolge auf verschiedenen Gebieten, namentlich auch als Pfleger der Rechtsgeschichte auf einen höchst segensreichen Zeitabschnitt zurückblickt.

---

aus der Grammatik in die Jurisprudenz einschmuggelt. Dazu kam die oben geschilderte Verwechslung der Kraft und der Begründung der Urteilseinrede, infolge deren man überall von positiven Functionen redete, wo es nötig war, den vollen Urteilsinhalt aufzuklären.

Berichtigung:

S. 89 Z. 24 v. o. ist zwischen materiell und identisch »nicht mehr« einzufügen.

Festgabe

für

Felix Dahn

zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum

gewidmet von

gegenwärtigen und früheren Angehörigen
der Breslauer juristischen Fakultät

III. Teil

Recht der Gegenwart

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1905

Inhalt

Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen,

und die Reformbedürftigkeit des § 166 StGB.

von

Ernst Beling

Der Mensch, der ein Heiliges mit der ganzen Inbrunst der Seele umfasst, wird stets im Innersten aufs tiefste verwundet sein, wenn jenes Heilige in die Niederungen des gemeinen Lebens herabgezogen wird; und nichts ist natürlicher als der Wunsch, dass schon die irdische Gerechtigkeit den Frevler ereile, der an das Heilige zu rühren sich vermessen hat, dass also das Heiligtum, dem man in seinem Herzen einen Altar errichtet hat, auch von Staat und Recht als ein Rechtsgut anerkannt werde, dessen Antastung verboten und strafbar ist. Diesem Gerechtigkeitsideal konnten jene lang hinter uns liegenden Zeiten ohne Schwierigkeit genügen, in denen das Religiöse und das Moralische mit dem Rechtmässigen, das Irreligiöse und das Unmoralische mit dem Widerrechtlichen in voller Kongruenz zusammenfielen. Jene Zeiten sind lange dahin. Das Recht hat sich als heteronome, die äusseren Beziehungen der Menschen regelnde Macht verselbständigt[1]); es identifiziert seine Satzungen nicht mehr mit den Geboten Gottes, die der Glaube anerkennt, nicht mehr mit den ethischen Geboten, die im autonomen Gewissen ihren Ursprung haben; es unterlässt es, zahlreiche religiöse und ethische Satzungen mit Rechtsnatur zu umkleiden, und scheut sich andererseits nicht, Anforderungen zu stellen, die jenen Satzungen widersprechen.

Indessen bei aller Wahrung seiner Selbständigkeit wird das Recht Disharmonieen zwischen sich und den anderen das menschliche Leben beherrschenden Mächten tunlichst vermeiden. Schlechthin beklagenswert ist eine Gegenteiligkeit seiner Satzun-

[1]) Vgl. **Dahn**, Rechtsphilosophische Studien (Bausteine 4, 1) S. 13 ff.; Über den Begriff des Rechts (Rektoratsrede) S. 8 ff.

gen gegenüber denen der Religion und der Moral; sie schafft seelische Konflikte und Märtyrertum. Aber auch die blosse Nichtausdehnung des Rechtsschutzes auf die religiösen und ethischen Werte wird tunlichst zu vermeiden sein, soweit Vorgänge des äusseren Lebens in Betracht kommen; ideale Werte sind jedenfalls nicht minder schutzeswert als die sinnlich greifbaren. So scheint von vornherein eine Norm und ein Strafgesetz zum Schutze dessen, was dem Menschen religiös heilig ist, geboten zu sein. Und doch lehrt vielleicht keine Materie des Rechts so deutlich menschliche Unvollkommenheit, zwingt vielleicht keine den Gesetzgeber so energisch zu weiser Zurückhaltung, wie gerade das Religionsstrafrecht. Im folgenden soll kurz der für Religionsdelikte geltende Rechtszustand skizziert und sodann kritisch geprüft werden, ob die Gesetzgebung Anlass hat, die einschlägigen Strafbestimmungen abzuschaffen, wie es von vielen Seiten gefordert wird, oder umzugestalten oder unverändert beizubehalten.

I.

Das Reichsstrafgesetzbuch hat in §§ 166 und 167 [1]) kasuistisch eine Reihe von Tatbeständen, die „sich auf die Religion beziehen", unter Strafe gestellt. An einem einheitlichen, in sich geschlossenen Tatbestande fehlt es.

1. Unter jenen Einzeltatbeständen steht an praktischer Bedeutung obenan die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, ihren Einrichtungen und Gebräuchen (§ 166, zweiter Tatbestand). Sie ist es vornehmlich, um die sich der Streit der Meinungen de lege ferenda dreht.

Tatbestandliches Angriffsobjekt dieses Beschimpfungsdelikts ist keineswegs das religiös Heilige überhaupt; sondern sein Angriffsobjekt bilden nur

a) die mit Korporationsrechten innerhalb des Reichsgebiets bestehenden Religionsgesellschaften, insonderheit die christlichen Kirchen;

[1]) § 168 gehört trotz seiner Einstellung in den 11. Abschnitt des StGB. nicht unter die Religionsdelikte, weil sein Tatbestand keine religiösen Beziehungen aufweist.

b) die Einrichtungen und

c) die Gebräuche einer solchen Religionsgesellschaft.

Deshalb fallen — das ist ausgemachte Sache — nicht unter dieses Strafgesetz Beschimpfungen von Glaubenssätzen oder Dogmen[1]); von Gegenständen der Verehrung[2]); von Personen, die als erleuchtete Träger und Verkünder der religiösen Wahrheit gefeiert werden[3]); von einzelnen tatsächlichen mit dem Glaubensleben in Zusammenhang stehenden Ereignissen[4]).

Was den Beschimpfungsobjekten im Sinne des § 166 ihr besonderes Gepräge aufdrückt, ist, dass sie der realen Existenz ermangeln. Sie sind sämtlich nicht mit den Sinnen greifbar, wie der Mensch als Tötungsobjekt, die Sache als Diebstahls- oder Sachbeschädigungsobjekt, sondern sie sind rein geistige Produkte menschlichen Denkens, immateriell körperlose Gebilde. Wohl hängt die „Religionsgesellschaft" durch das Mittel der sie bildenden Religionsgenossen mit der Körperwelt zusammen, sie selber ist aber nicht die Summe der einzelnen Bekenner, sondern das nur in unserer Vorstellung lebende Ganze. Wohl können sich „Einrichtungen" und „Gebräuche" an und mit Personen und Sachen sinnenfällig verknüpfen, aber sie selber sind reine Abstraktionen.

Sind demnach die Beschimpfungsobjekte nur auf dem Umwege über menschliche Vorstellungstätigkeit gewinnbar, so fragt es sich, wessen Vorstellung davon, dass es sich um eine „Religions"-Gesellschaft, um eine heilige Einrichtung oder einen heiligen Gebrauch handle, massgebend sein soll. In dieser Hinsicht reprobiert das Gesetz zunächst alle diejenigen religiösen Auffassungen, die nicht in einer mit Korporationsrechten staatlich anerkannten Religionsgesellschaft beheimatet sind. Mag eine nicht anerkannte Gesellschaft sich noch so sehr für eine religiöse halten und in tiefster Andacht ihre Gebräuche und

---

[1]) Wach, Zeitschr. f. Kirchenr. 3. Folge 2, 168; Olshausen 11 c., 12 II zu § 166, Frank II zu § 166; v. Liszt § 118 II; Binding, Lehrb. 1 § 43 II 1 b.

[2]) Wach a. a. O.; Olshausen a. a. O.; Frank a. a. O.; v. Liszt a. a. O.; Binding a. a. O.

[3]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht 1, 180.

[4]) v. Liszt § 118 II.

Einrichtungen für gottgewollt ansehen, sie kommt für § 166 nicht in Betracht. Umgekehrt sind dagegen alle Einrichtungen und Gebräuche der staatlich anerkannten Religionsgesellschaften als taugliche Objekte der Beschimpfung nach § 166 gekennzeichnet, wofern nur eben diese Gesellschaften selber die Einrichtungen und Gebräuche als heilig auffassen[1]).

Mit anderen Worten: das Heilige als tatbestandliches Angriffsobjekt ist nicht nach absoluten Kriterien im Gesetz bestimmt, sondern ist durchaus relativ. Es ist nur in seiner Wiederspiegelung in der Auffassung der Religionsbekenner fixierbar — ein Standpunkt, wie er sich in einem Staate ohne Staatsreligion von selbst ergibt.

Diese Relativität des Begriffs des Heiligen wäre bedeutungslos, wenn die Auffassungen von den verschiedenen Standpunkten aus inhaltlich im wesentlichen übereinkämen und etwa nur in untergeordneten Punkten differierten. Aber gerade das Gegenteil ist richtig; die Spaltung der Konfessionen und selbst die der Sekten hat in sehr tiefgehenden Meinungsdifferenzen ihren Grund. Und zwar tritt die Verschiedenheit der Wertung von Einrichtungen usw. in 2 Stufen auf: Es kommt einmal vor, dass Einrichtungen usw., die von dem einen Standpunkt aus Bestandteile der Religionsübung sind und den Charakter des Heiligen an sich tragen, von dem anderen Standpunkt aus nicht als echt religiöse, sondern nur als profan, als Menschenwerk und Menschenzutat, angesehen werden. Es kommt aber auch vor, und darauf ist gerade das religiöse Interesse am lebhaftesten gerichtet, dass die von der einen Seite als heilig angesehenen Einrichtungen usw. von dem anderen Standpunkte aus als abscheulich, als widerreligiös, als antiheilig erscheinen. So empfindet der Evangelische den Heiligenkultus der katholischen Kirche, der Katholik den Protestantismus überhaupt, der orthodoxe Jude die Verehrung Christi als Gottessohns als widergöttlich. Das ist eine überaus wichtige Feststellung, die nicht verschleiert werden darf, sondern als Tatsache anzuerkennen ist. Es ergeben sich aus ihr wichtige Konsequenzen, die weiter unten aufgezeigt werden sollen.

[1]) Es ist „der Lehrbegriff und das Rituale der fraglichen Religionsgesellschaft massgebend“; Wahlberg in v. Holtzendorffs Handb. 3, 268.

Die unter Strafe gestellte Handlung besteht darin, dass der Täter jene Objekte „beschimpft". Für die Auslegung dieses Begriffs ist an erster Stelle zu betonen, dass es sich bei dem „Schimpf" nicht etwa um einen tatbestandlichen Erfolg = ein tatbestandlich erforderliches der Handlung nachfolgendes und mit ihr durch das Band der Kausalität verknüpftes Ereignis handelt. Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften etc. ist kein „Erfolgsdelikt", sondern ein „schlichtes Tätigkeitsdelikt". Denn da das Objekt, wie oben gezeigt, eine Abstraktion ist, kann an ihm ein realer „Erfolg" überhaupt nicht eintreten. Auf Vorgestelltes gibt es keine kausale Einwirkung. Wohl kann sich die Beschimpfungshandlung an einer körperlichen Sache konkretisieren, indem diese besudelt wird usw., aber einmal ist das nicht notwendig, und sodann würde solchenfalls der an der Sache eingetretene Erfolg nicht selber der dem Objekt zugefügte Schimpf sein, sondern an und aus ihm würde man nur erkennen, dass die Handlung eine das Objekt beschimpfende war. Was sich nach der Tathandlung zugetragen hat, bedarf nicht der Feststellung; festzustellen ist nur, dass in der Tat ein Schimpf lag. Durchaus fernzuhalten ist aber auch die Auffassung, als bestehe der „Erfolg" in der Verletzung des religiösen Gefühls[1]. Das Gesetz hat zwar bei der Gotteslästerung (§ 166 erster Tatbestand) einen solchen Erfolg („Ärgernis") tatbestandlich erfordert, nicht aber hinsichtlich des Beschimpfungsdelikts; wegen eines solchen ist Verurteilung weder damit genügend motiviert, dass sich jemand in seinem religiösen Empfindungsleben verwundet gefühlt habe, noch ist andererseits eine solche Feststellung zur Verurteilung erforderlich. Der „Schimpf" ist vielmehr, ganz wie die Objekte selber es sind, in der gedanklichen Sphäre zu suchen, er ist eine Abstraktion, m. a. W. sein Vorhandensein basiert auf einem Werturteil. Die Aussage, jemand habe eine heilige Einrichtung etc. beschimpft, sagt nicht, dass sich aus seinem Handeln gewisse

[1] Die gegenteiligen Auffassungen, die in dieser Hinsicht des öfteren zutage treten, hat bereits Wach, Zeitschr. f. Kirchenrecht 3. Folge 2, 165, gebührend widerlegt; vgl. auch Frank II zu § 166. Abweichend Oppenheim, Objekte des Verbrechens 305; Merkel, Lehrb. 371; vgl. auch Hälschner 2, 703.

Folgen entwickelt hätten, sondern, dass sein Handeln eine gewisse Eigenschaft an sich getragen habe, die in einer logischen Relation, einem gedanklichen Verhältnis zu den geschützten Objekten bestehe.

Soll nun diese Eigenschaft näher fixiert werden, so fragt sich einmal: Was für eine Eigenschaft macht die Handlung zur „beschimpfenden“? und sodann: von welchem Standpunkt aus ist zu bestimmen, ob ein „Schimpf“ vorlag?

In ersterer Hinsicht ergibt sich das Nötige aus dem in die Augen fallenden Gegensatz zwischen dem Heiligen und seinem Gegenteil. Ein Schimpf ist dem Heiligen dann angetan, wenn es nicht nur nicht als heilig anerkannt worden, sondern als widerheilig behandelt worden ist. M. a. W.: „Beschimpfen“ heisst eine Handlung vornehmen, die das Hohe „in den Schmutz zieht“, das Heilige in sein Gegenteil verkehrt [1]).

Und was die zweite Frage betrifft, so ist nach dem oben über die Natur des Heiligen Ausgeführten klar, dass vom Standpunkt der betroffenen Religionsgesellschaft aus, also passivisch zu bestimmen ist, ob eine solche Entheiligung in der Handlung lag.

Diese Begriffsbestimmung des Beschimpfens tritt in Gegensatz zu der von der herrschenden Meinung, insbesondere von der

[1]) Die herrschende Lehre betont ganz richtig, dass „Schimpf“ mehr ist als blosse „Herabwürdigung“, vgl. Rechtspr. 1, 143. Seltsamerweise wird aber die Grenze gewöhnlich nur mit Rücksicht auf die „rohe Form“ der Äusserung näher bestimmt. Ganz abgesehen davon, dass dies kein brauchbarer Gesichtspunkt ist (darüber unten), ist damit auch nicht dem richtigen Grundgedanken Rechnung getragen, der in der Formel: „Schimpf mehr als blosse Herabwürdigung“ liegt. Eine Herabwürdigung kann nämlich eine solche um eine Stufe oder um zwei Stufen sein: im ersteren Falle ist sie „blosse“ Herabwürdigung, im zweiten mehr, nämlich Schimpf. Herabwürdigung um eine Stufe liegt vor, wenn nur die Heiligkeit negiert, Schimpf, wenn das Heilige als Gegenteil des Heiligen qualifiziert wird. (Anders Kohler a. a. O. 168, der schon die Trivialisierung für Beschimpfung erachtet; auch Crusen, Strafrechtl. Schutz des Rechtsguts der Pietät 67.) Deshalb kann in religionsphilosophischen und naturwissenschaftlichen Erörterungen, wenn sie z. B. die Göttlichkeit Christi leugnen, wenn sie die Reliquienverehrung als Verirrung des menschlichen Geistes charakterisieren, wohl eine „Herabwürdigung“, aber niemals eine Beschimpfung gefunden werden.

Judikatur des Reichsgerichts angenommenen. Nach letzterer[1]) soll ein Schimpf für religiöse Einrichtungen etc. nur dann, aber auch immer schon dann, vorliegen, wenn die Handlung eine Herabwürdigung „in roher Form“ enthielt[2]). Diese Auffassung ist durchaus abzulehnen. Sie beraubt das Delikt seines inhaltlichen Charakters und macht daraus ein blosses Delikt gegen den guten Ton[3]).

Ein Schimpf bleibt aber Schimpf, auch wenn er in der würdigsten Weise zugefügt wurde. Wenn Bonifaz im Sachsenlande mit dem ganzen Aufgebot christlich feierlicher Formen die heiligen Eichen des Donar fällte, so fügte er damit der Glaubensauffassung der heidnischen Sachsen einen flagranten Schimpf zu! Und noch deutlicher tritt die Unmöglichkeit, den Begriff des Schimpfs auf das in roher Form sich Vollziehende zu beschränken, hervor bei den allerperfidesten, vergiftendsten und niederträchtigsten Verunglimpfungen, bei denen der Täter

---

[1]) Vgl. die Zitate bei Olshausen 3 Abs. 2 zu § 166.

[2]) In sich unklar die Auffassung des Reichsgerichts, vgl. z. B. Entsch. **28**, 403 ff., **30**, 194, **31**, 305, wonach es zwar auf die Roheit des Ausdrucks ankommen, aber doch auch wiederum nicht ankommen soll, insofern eine Beschimpfung nicht auf Schimpfworte beschränkt sein soll. Eine scharf umrissene und in sich geschlossene Definition des „Schimpfs“ ist in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu vermissen. (Richtig betont von Feder im „Freien Wort“ **4**, 903 f.). Mit der Definition der Beschimpfung als eines über die Beleidigung hinausgehenden schweren Angriffs, insbesondere in Beziehung auf Wesen oder Verhältnisse, die von anderen für heilig gehalten werden, als einer „Kundgebung von Verachtung“, — vgl. z. B. Entsch. **10**, 146, Rechtspr. **7**, 83, s. auch Hälschner **2**, 705, — ist natürlich gar nichts gesagt. Ebenso kann Franks Auffassung, dass die Roheit ausser in der Form auch im Inhalt der Äusserung liegen könne — I Abs. 2 zu § 166 — nicht als Problemlösung gelten, denn was soll man sich unter „rohem Inhalt“ vorstellen? Bezeichnend ist auch, dass es nach dem Reichsgericht — vgl. Rechtspr. **1**, 521, **7**, 83, Entsch. **10**, 146, **24**, 12, **30**, 194, **31**, 305, Goltd. Arch. **48**, 113 — „im wesentlichen tatsächlicher Beurteilung unterliegen soll, ob die Grenze, an der der Ausdruck der Nichtachtung zur Beschimpfung werde, im Einzelfalle überschritten ist“.

[3]) Hier soll noch unbehoben bleiben, dass die Redewendung von der „rohen Form“ sogar nur eine uneigentliche Ausdrucksweise enthält, und die „Roheit“ nur eine solche des Menschen, nicht der Form sein kann. Darauf wird unten einzugehen sein.

sorglich die „Form" wahrt[1]). Unsere „Gesittung" hat es ja dahin gebracht, dass man regelmässig nicht mehr derb und massiv dreinschlägt, sondern mit abgefeimt spitzen und eleganten Worten ficht. Und das sollte kein Schimpf für die verunglimpften Einrichtungen sein? Kein Schimpf z. B., wenn jemand die Einrichtung der Priesterehe bei den Evangelischen mit schneidendem Hohn als ein Erzeugnis widerheiliger Sinnlichkeit behandelt?

Nein, die Form tut nichts zur Sache. Beschimpft ist Heiliges immer, wenn es als widerreligiös behandelt wird, es sei in welcher Form immer[2]).

Damit scheint die Anwendbarkeit des § 166 eine ungeheure Ausdehnung gewonnen zu haben. Der Schein trügt. Nicht wesentlich fällt freilich ins Gewicht, dass nur die öffentliche Beschimpfung unter § 166 fällt. Dagegen erfährt die Anwendbarkeit dieses Paragraphen dadurch eine überaus bedeutsame Einschränkung, dass das Delikt nur bei vorsätzlicher Begehung strafbar ist.

Alles was bisher über den Begriff der Beschimpfung ausgeführt wurde, betraf ausschliesslich die objektive Tatseite unter völliger Beiseitelassung des Schuldmoments beim Täter. Es ist merkwürdig, dass letzteres in der bisherigen Literatur und Rechtsprechung regelmässig zu kurz gekommen ist[3]). Das ist eine Verfehlung gegen den Geist des modernen Strafrechts.

---

[1]) Vgl. hierzu Blumensath, Die Religion und ihr strafrechtlicher Schutz, 13.

[2]) Dass die „Form" einer Äusserung bei der Beleidigung eine gewisse Rolle spielt — §§ 192, 193 StGB. —, spricht nicht gegen, sondern für den Standpunkt des Textes. Denn die Beleidigung ist eben ein in der gesellschaftlichen Sphäre liegendes Delikt, hat es also auch mit Verletzung des guten Tons zu tun, was sich von dem Delikt des § 166 eben nicht behaupten lässt. Überdies ist selbst eine Beleidigung und selbst in den Fällen der §§ 192, 193 bei voller Wahrung der Form möglich: ausdrücklich sagt das Gesetz, dass sich das Vorhandensein einer Beleidigung auch „aus den Umständen" ergeben kann.

[3]) Es ist bezeichnend, dass sich bisweilen in der Praxis die Begründung findet: der Täter habe gewusst, dass er das religiöse Empfinden Andersgläubiger verletze, folglich — habe er den Vorsatz nach § 166 gehabt. Dabei gehört die Verletzung des religiösen Empfindens überhaupt nicht zum Tatbestande nach geltendem Recht!

Wenn man sich lediglich begnügt, zwecks Verurteilung passivisch festzustellen, dass eine Handlung einen Schimpf für eine kirchliche Einrichtung etc. darstelle, ohne die Handlung auch aktivisch nach ihrer Vorsätzlichkeit hin zu prüfen, so verfällt man in die Vorstellungswelt der alten Erfolghaftung, die freilich auch den Heutigen noch praktisch kein so überwundener Standpunkt ist, wie er es nach geläutertem Rechtsbewusstsein sein sollte.

Ganz zweifellos verfällt der Strafe aus § 166 nur, wer vorsätzlich Religionsgesellschaften etc. beschimpft. Was heisst nun „Beschimpfungsvorsatz"?

Regelmässig begnügt man sich für diesen Vorsatz mit dem Wissen des Täters, dass das Handeln auf Seite der betroffenen Religionsgesellschaft als Schimpf empfunden werde. Damit verstösst man gegen den Geist des Beschimpfungsdelikts als eines — wie oben gezeigt — gedanklichen Wertungsdelikts. Gewiss kommt es bei den Erfolgsdelikten nur darauf an, ob der Täter gewusst hat, dass der andere durch den Erfolg leide, dass er körperlich verletzt werde usw. Aber das Be-

---

Auch die Behandlung des „guten Glaubens" des Täters in der Praxis ist eine überaus ungenügende. Vgl. z. B. Entsch. d. RG. 28, 407; Anklageschrift im Prozess Schwarz in der Schrift „Zum Kampf um den § 166" von Schwarz S. 16. Es ist doch nachgerade ausgemachte Sache, dass der gute Glaube von dem Nichtvorhandensein eines wesentlichen Tatbestandmerkmals den Vorsatz ausschliesst (§ 59 StGB.). Dieser Satz pflegt in der Praxis ganz verleugnet zu werden. Die Heranziehung des § 186 StGB. als Seitenstücks (Binding, Lehrb. 1 § 43 II 3 Anm. 2) kann schon deshalb nicht als glücklich anerkannt werden, weil die Harmlosigkeit der „üblen Nachrede" das gerade Gegenteil einer „Beschimpfung" ist.

Geradezu peinlich wirkt aber für den Juristen die Ahnungslosigkeit, mit der Hamm in der Deutschen Juristenzeitung 10, 274 an der Dolusfrage vorübergeht. Er betont selber, „mit welcher naiven Befangenheit jeder Teil die Beschimpfungen, die ihm von dem anderen zugefügt werden, auf das feinfühligste empfindet, sich aber seiner gleich schweren Beschimpfungen der Gegenseite gar nicht bewusst wird". Man sollte doch verlangen dürfen, dass dann der angebliche dolus irgendwie gerechtfertigt würde — aber nichts von alledem! Und dabei ist doch mit Händen zu greifen, dass, wer sich seiner Beschimpfung nicht bewusst ist, sowenig den Beschimpfungsvorsatz haben kann, wie derjenige den Tötungsvorsatz hat, der sich der durch ihn verursachten Tötung nicht bewusst ist!

schimpfungsdelikt ist eben kein Erfolgsdelikt. Sein Wesen liegt in der rein gedanklichen Sphäre: das Handeln wird gemessen an dem Heiligen und als ihm diametral widersprechend erscheint es als Beschimpfung. Hieraus ergibt sich, dass die Wertung des heiligen Objekts durch den Täter nicht bedeutungslos für den Vorsatz sein kann. Steht, wie oben erwiesen, das Heilige im Rechtssinne nicht absolut fest, sondern verdankt es seinen Charakter als „heilig" der Auffassung der Einzelnen, so ergibt sich mit logischer Notwendigkeit, dass die Beurteilung des Täters, sein eigenes religiöses Empfinden, nicht als quantité négligeable behandelt werden kann. Vorsätzlich beschimpfen kann man nur Dinge, die man nicht selber kraft eigener religiöser Überzeugung für gottlos hält. Wer eine von anderen als heilig verehrte Einrichtung selber für das Widerspiel des Göttlichen, für Abgötterei und Götzendienst hält, der hat keinen Beschimpfungsvorsatz, wenn er sich an jener vergreift. Ihm stellt sich die Einrichtung als eine tief verletzende dar, die schimpflich ist, die nicht er beschimpft. Sein Vorsatz ist nur der, etwas zu tun, was andere irrig für eine Beschimpfung des Heiligen halten[1]).

Niemand wird behaupten wollen, dass etwa Winfried, der Apostel der Deutschen, vorsätzlich religiöse Einrichtungen beschimpft habe! Aus dem sich gegen das Ruchlose richtenden religiösen Glaubenseifer heraus können vorsätzliche Beschimpfungshandlungen niemals geboren werden. Religionsdelikte aus religiöser Überzeugung, die ja sogar den Charakter der Empörung und Entrüstung tragen wird, sind ein Nonsens. Der evangelische Geistliche, der den Marieenkultus der katholischen Kirche, seiner eigenen Auffassung adäquat, als Gottes Wort widerstreitend brandmarkt, ermangelt des Beschimpfungsvorsatzes ebenso sehr, wie der Katholik, der die Priesterehe für sündlich hält und sie so charakterisiert, oder der strenggläubige Jude, der die Göttlichkeit Christi als Verletzung des mono-

[1]) „Wie kann das schnöde, roh usw., also ein Schimpfen, ein Beschimpfen sein, was doch nur Äusserung der heiligsten Überzeugung oder der kirchlichen Vorschrift ist?" Wach a. a. O. 177, vgl. auch Frank II a. E. zu § 166.

theistischen Gottesgedankens empfindet und eine damit zusammenhängende Einrichtung als verwerflich bezeichnet.

So ist also ein Beschimpfungsvorsatz nur da vorhanden, wo der Täter die von ihm auf das Niveau des Antiheiligen gestellte Einrichtung etc. selber als heilig oder wenigstens als nicht antiheilig anerkennt. In diesen Fällen ist der dolus um deswillen nicht zu bestreiten, weil das Handeln des Täters seiner Wertung nicht adäquat ist. Hier liegt das „gemeine Motiv“ klar zutage: Der Täter setzt nicht seine Persönlichkeit für das Heilige gegen sein Widerspiel ein, er verfolgt nicht das Ziel, das Heilige zu schützen gegen Vermengung mit Widerheiligem [1]).

So ist z. B. straffällig der Bube, der etwa aus Lust am Skandal das Messelesen oder den Heiligenkultus verhöhnt, ohne dass er diese Gebräuche als ärgerliche Versündigung gegen die Religion empfände.

Dem Einwande, dass das so gewonnene Ergebnis der positivrechtlichen Grundlage ermangele, ist unschwer zu begegnen. Die Fixierung des Vorsatzbegriffs im StGB. ist bekanntlich überaus dürftig; sie beschränkt sich auf die negative Vorschrift in § 59 I. Nun passt das dort Gesagte auf den Vorsatz bei den Gedankenwertungsdelikten nicht, weil es bei diesen keine eigentlichen „Tatumstände“ gibt, die zum „Tatbestande“ gehören und deren Kenntnis nach § 59 also erforderlich zum dolus wäre; das Delikt fällt ja ganz in die Welt der Abstraktionen. Will man also nicht — was nicht angängig — auf die Bestimmung des Inhalts des Beschimpfungsvorsatzes überhaupt verzichten, so muss man den § 59 sinngemäss anwenden, d. h. diejenigen Vorstellungen bei dem Täter erfordern, die die abstrakte Wertung ausmachen, und hier mündet die Erörterung eben in die Bahnen ein, die wir oben betreten und weiterverfolgt haben.

[1]) Zu dem gleichen Ergebnis, dass für § 166 nur Handlungen in Betracht kommen, die aus gemeinem Motiv entspringen, gelangt man auch schon auf Grund sprachlicher Auslegung. „Schimpfen“ ist so, wie heute der Sprachgebrauch ist, stets ein Ausdruck der Gemeinheit, vgl. Beling, Zeitschr. f. StRW. 18, 285. Mit dem hier Gesagten trifft im wesentlichen zusammen Wachs Auffassung a. a. O. 171, dass die Gesinnung der Äusseruug den Stempel der Beschimpfung aufdrückt.

Von dem Requisit des gemeinen Motivs will nun die bislang herrschende Meinung nicht wissen. Statt dessen rekurriert sie auf die „rohe Form“ der Handlung. Es ist nun oben gezeigt, dass damit der Begriff des objektiven Schimpfs unzulässig eingeengt wird. Hier ist aber noch zu zeigen, dass der Beschimpfungsvorsatz auch ohne „rohe Form“ gegeben sein kann und, was noch wichtiger, umgekehrt die „rohe Form“ keineswegs einen Beschimpfungsvorsatz indiziert.

Zunächst ist überhaupt diskutabel, was denn eigentlich eine „rohe Form“ des Handelns sein soll. Wie die Judikatur des Reichsgerichts den Begriff auffasst, mündet er aus in sozusagen unparlamentarische Ausdrücke. In diesem Sinne bleiben natürlich solche Beschimpfungshandlungen ungedeckt, die sich gar nicht in Worten vollziehen, etwa Umstürzung von Heiligenbildern u. dgl.; soll man dabei keinen Beschimpfungsvorsatz haben können?

In der Anwendung auf Worte aber lässt sich die „Roheit“ nur deuten als diejenige Eigenschaft von Redewendungen, die dem Niveau des Ungebildeten entsprechen. Nun sind aber Bildung und Unbildung durchaus unfixierte Begriffe, und es ist höchst charakteristisch, dass die Judikatur Worte wie „Schwindel“, „Humbug“ usw. als „roh“ aufgefasst hat, — Worte, die doch anstandslos auch der Gebildete in den Mund nehmen kann [1]).

Wenn man demgegenüber einwenden wollte: der Gebildete werde diese Worte nicht auf das von anderen als heilig Verehrte anwenden, so ist man unrettbar einem circulus vitiosus verfallen: denn dann ist Beschimpfung das, was roh ist; und roh ist — was Beschimpfung ist.

Über die parlamentarische Zulässigkeit eines Ausdrucks ein Urteil fällen, ist aber überhaupt kaum Sache des Richters! Und wo liegt die Grenze, die das „Kräftige“, „Derbe“ vom „Rohen“ scheidet? Und schliesslich: wenn wirklich das Delikt der Beschimpfung nach § 166 durch die Roheit der gewählten Form charakterisiert würde, dann wäre es seinem Wesen nach

[1]) Nennt man doch z. B. das Delikt des § 4 des Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb „Schwindelreklame“.

gar nicht mehr ein Religionsdelikt, sondern blosse Verletzung des guten Tons, Etiketteverletzung! Der ehrliche Mensch, der gerade heraus sagt, wie er denkt, verfällt dann als angeblicher Religionsverächter dem Strafrichter, wenn er die Worte nicht auf die Goldwage gelegt hat; der Fuchs dagegen, der die Worte zierlich zu setzen versteht, geht straflos aus, auch wenn er das Heilige sachlich aufs gröbste verunehrt! Das glaube, wer kann! Ein ärgeres Haften an Äusserlichem lässt sich kaum denken.

Wenn weiter bei „roher Form" des gewählten Ausdrucks leichthin der Vorsatz der Beschimpfung angenommen wird, so wird gerade dadurch der ehrlichen religiösen Überzeugung ein schwerer Schimpf angetan. Es soll hier nicht einmal schwer ins Gewicht gelegt werden, dass jedem Menschen gerade, wenn er von heiligstem Zorn erfüllt ist, Worte entschlüpfen können, die er nachher wünscht, nicht gebraucht zu haben. Was aber unter keinen Umständen übersehen werden darf, das ist, dass die religiöse Überzeugung von der Antiheiligkeit gegnerischer Einrichtungen im Sinne des so Überzeugten auch die stärksten Herabwürdigungsausdrücke rechtfertigt. Wer eine Einrichtung für sündhaft, dem göttlichen Willen widerstrebend ansieht, dem ist sie so gemein und so abscheulich, dass kein Ausdruck zu arg ist; alle, auch die Ausdrücke mit s. g. roher Form treffen ja nur ein Objekt, das ihm verrucht, eine Ausgeburt sündhafter Einbildung ist! Wie kann man von ihm sagen, er wolle „Heiliges beschimpfen"?! [1]).

Die Wurzel alles Übels ist aber, dass man sich nicht recht klar gemacht hat, dass die s. g. „rohe Form" eine nur uneigentliche Ausdrucksweise ist. Es gibt gar keine rohen „Formen" — die Roheit ist eine menschliche Eigenschaft [2]). Wie selbst

---

[1]) „Dort, wo es sich um die heiligsten Güter, um der Seelen Seligkeit, Erlösung und Verwerfung handelt, bleibt man bei rücksichtsvoll umschreibenden Andeutungen nicht stehen". Wach a. a. O. 177. Wenn Wach 182 gleichwohl bei Gebrauch des Ausdrucks „Humbug" Beschimpfung annimmt, so scheint mir das ein Widerspruch zu sein.

[2]) „Roh" ist zunächst nur Attribut von Sachen: rohes Fleisch, Rohstoffe. Von da fand die Bezeichnung ihren Weg zur Anwendung auf Menschen und menschliches Handeln. Wenn dann schliesslich Abstrakta,

die „roheste Form“ eben keine „rohe Form“ ist, wenn nicht ein roher Geist dahinter steckt (man denke an „rohe Ausdrücke“, die im Scherz gebraucht werden), so kann umgekehrt bei tadelloser Form die namhafteste Roheit vorhanden sein. Und so zeigt sich, dass, wenn man mit dieser Roheitstheorie wirklich Ernst machen und nicht bloss Splitterrichterei über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von hohlen Worten treiben will, man eben zu dem Ergebnis gedrängt wird, das oben gefunden war: dass nämlich das gemeine Motiv des Täters den Ausschlag gibt.

2. Neben dem Delikt der Beschimpfung von Religionsgesellschaften, ihren Einrichtungen und Gebräuchen, kennt der § 166 noch einen zweiten Tatbestand, der es mit einem „Beschimpfen“ zu tun hat: das Verüben von beschimpfendem Unfug in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte (§ 166 dritter Tatbestand). Der Tatbestand ist nicht eben glücklich gefasst; er sagt zwar, wo der Schauplatz der Tat sein soll, aber nicht, welches Beschimpfungsobjekt in Frage sein soll; und da „Beschimpfen“ ein transitives Verbum ist, so muss das Objekt notgedrungen ergänzt werden. Nun ist soviel sicher, dass es sich nicht um die Objekte des ersten Beschimpfungsdelikts handeln kann — denn sonst hätte die Auseinanderreissung in 2 Tatbestände keinen Sinn, da es sich ja so nur um verschiedene Modalitäten einer sonst gleichinhaltlichen Handlung handeln würde. Die einzige gesicherte Auslegung ist vielmehr die, dass der Schauplatz, also die Kirche oder sonstige religiöse Örtlichkeit, gleichzeitig das Beschimpfungsobjekt darstellt [1]. Das ist auch ganz

wie Worte, mit der Bezeichnung belegt wurden, so rechtfertigte sich das damit, dass gewisse Worte etc. eben in der Regel nur von rohen Menschen gebraucht wurden In Wahrheit ist aber kein Wort als solches roh, es kommt darauf an, wer es gebraucht und wie es gebraucht ist, nur durchschnittlich lässt sich also von der „Roheit eines Wortes“ sprechen.

[1]) „Verbrechen mit räumlichem Objekt“, Oppenheim, Objekte des Verbrechens 244 f., 305; vgl. auch Blumensath a. a. O. 22. Wenn das Reichsgericht, Rechtspr. 7, 195, Entsch. 31, 410, 32, 212 und Frank III zu § 166 einen beschimpfenden Unfug im Sinne des hier in Rede stehenden Tatbestandes auch in dem Ausdruck einer Missachtung gegen die religiösen Gefühle anderer erblicken wollen, so ist dagegen zu betonen, dass dieser Tatbestand ebensowenig wie der der Beschimpfung von Religionsgesell-

einleuchtend. Die Religionsgesellschaften bringen eben auch die Kirchen und sonstigen Orte der Andacht in Beziehung mit Gott, diese tragen ihnen den Charakter des Heiligen. Auch hier gilt hinsichtlich des „Beschimpfens“ ganz dasselbe wie oben. Hier zeigt sich übrigens die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre, die auf die „Roheit der Form“ abstellt, ganz besonders handgreiflich. Soll es etwa keine Beschimpfung des Betsaals sein, wenn zwei Leute etwa einen Tanz darin aufführen? Und wenn es das ist, wie will man behaupten, dass hier ein „roher Ausdruck“ der Herabwürdigung vorliege? Das Tanzen ist doch gewiss keine „rohe Form“ von Lebensäusserung! Sondern das Beschimpfende liegt im Inhalt: in der Entheiligung des Heiligen. So gibt denn hier die herrschende Lehre plötzlich ihre eigene Beschimpfungsdefinition auf und ersetzt sie durch die Begriffsbestimmung: „Beschimpfender Unfug“ sei ein mit der Zweckbestimmung des Ortes widerstreitendes Verhalten.

Aber wiederum ist hier zu betonen, dass sich das, was objektiv ein Schimpf für den Ort ist, keineswegs notwendig als Beschimpfung in der Seele des Täters widerspiegeln muss, und dass zum Beschimpfungsvorsatz auch hier ein solcher seelischer Reflex erforderlich ist. Wer also den Ort nicht als heilig, sondern als — in seinem Sinne — Götzentempel ansieht, oder wer sein Handeln nur gegen Unheiliges an heiliger Stätte richtet, der beschimpft nimmermehr vorsätzlich einen heiligen Ort. Wer das leugnet, der könnte sich nicht entbrechen, einen Christus zu Gefängnis bis zu drei Jahren zu verurteilen, wenn er im Tempel die Tische der Wechsler umstiesse und diese austriebe!

3. Ein dritter Deliktstypus in § 166 ist der der Gotteslästerung — § 166 erster Tatbestand —. Auch hier spielen „beschimpfende Äusserungen“ eine Rolle, und für diese gilt ganz das bisher Erörterte mit der Massgabe, dass hier Gott selber als beschimpft erscheint. Aber sehr bedeutsam ist, dass die Gotteslästerung im Gegensatz zu den bisherigen Tatbeständen

schaften etc. (vgl. oben S. 7) es mit Verletzung des religiösen Gefühls zu tun hat. Nach Hälschner 2, 712 sollen irgendwelche körperlichen Sachen das Objekt bilden; nach Meves Goltd. Arch. 27, 350 die Religionsgesellschaften. Beide Auffassungen entbehren des Beweises ihrer Richtigkeit.

kein reines Wertungsdelikt ist, sondern ein Erfolgsdelikt: es muss infolge der Handlung ein „Ärgernis" erzeugt worden sein, d. h. es muss sich jemand in seinem religiösen Gefühl verletzt gefühlt haben [1]).

4. Anderen Charakter tragen die Tatbestände des § 167. Ihr Objekt ist menschliches auf das Religiöse bezügliches Handeln, nämlich die Ausübung des Gottesdienstes durch den einzelnen (§ 167 erster Tatbestand) oder des gottesdienstlichen Kultus als solchen (§ 167 zweiter Tatbestand). Die täterische Handlung ist im ersten Falle Hinderung, im zweiten Hinderung oder Störung. Der Tatbestand liegt also in der Einwirkung auf die wirkliche Lebensbetätigung. Das Delikt ist kein Wertungsdelikt, sondern ein Erfolgsdelikt.

II.

Die im vorstehenden gegebene Überschau über das heutige Recht wird gezeigt haben, dass sich der religiös Denkende nicht darüber beklagen kann, dass ihm das Gesetz die mannhafte Kundgebung seines religiösen Standpunkts unmöglich mache. Wer seiner religiösen Überzeugung gemäss das, was andere für heilig halten, nur als profan erklärt, „beschimpft" überhaupt nicht; und wer dieser seiner Überzeugung adäquat das vom gegenteiligen Standpunkt als heilig Erscheinende als gottlos und schändlich brandmarkt, dem fehlt jedenfalls der Beschimpfungsvorsatz.

Aber freilich Theorie und Praxis geben namentlich dem Evangelischen Anlass zu berechtigter Klage, weil sie die voll bekenntnismässige, aus religiösem Zorn über Antiheiliges entspringende Fällung von Unwerturteilen gesetzwidrig strafen. Es ist und bleibt eine Schmach, wenn dem ernst gerichteten Manne gesagt wird, er habe „beschimpft", wenn er das, was ihm sündhaft und verwerflich erscheint, eben als verworfen bezeichnet

[1]) Die Gotteslästerung ist also ein Delikt gegen das religiöse Gefühl. Olshausen 1, Frank 1 zu § 166, Hälschner 2, 702, 706, v. Liszt § 117 II 2. Da die Ärgerniserregung Tatbestandsmerkmal ist, so muss sich nach StGB. § 59 auch der Vorsatz des Täters auf sie erstreckt haben. So die gemeine Meinung. Gegen sie Binding, Lehrb. 1 § 43 I 2.

hat. Ein Staat, der religiöses Denken achtet, kann nicht den adäquaten Ausdruck dieses religiösen Denkens als religionsfeindlich strafen wollen; das hiesse mit der einen Hand nehmen, was mit der anderen gegeben war.

De lege ferenda ist der Hebel aber viel tiefer anzusetzen, als es das geltende Recht tut. Wiewohl dieses, richtig verstanden, für ungerechtfertigte Verurteilungen keinen Raum gibt, und insofern nicht gerade als unheilvoll gescholten werden kann, ist es dennoch in mehrfacher Hinsicht reformbedürftig.

Zunächst ist zu fordern, dass nicht die abstrakten Gebilde religiöser Anschauung als rechtliche Schutzobjekte figurieren. Nicht als ob Abstrakta überhaupt nicht als geeignete Angriffsobjekte verbrecherischen Handelns anzusehen seien; sind doch auch der Staat, die Ehre oder gesellschaftliche Stellung jemandes usw. Abstrakta, und ist ein gedankliches Angreifen dieser Abstrakta recht wohl dazu angetan, gestraft zu werden.

Aber solche Abstrakta, die, wie heilige Einrichtungen und Gebräuche, nicht vom Staate selber in absoluter Weise inhaltlich bestimmt werden, sondern derart auf subjektiver Auffassung beruhen, dass der Staat als gleichberechtigte Auffassung ebensosehr diejenige anerkennt, die die Einrichtung oder den Gebrauch als heilig ehrt, wie umgekehrt diejenige, die sie als sündhaft ablehnt, eignen sich nicht zu rechtlichen Schutzobjekten, weil sie eben einer eindeutigen Objektivierung ermangeln. Wo die Standpunkte, von denen aus die Wertung vorgenommen wird, derart differieren, dass die Wertung diametral gegensätzlich sein kann, da kann der Staat, wenn er nicht dem einen der Standpunkte als dem richtigen den staatlich orthodoxen Stempel aufdrücken will („Staatsreligion"), sondern beide als berechtigt anerkennt, unmöglich den einen Standpunkt gegen den anderen und diesen gegen jenen schützen wollen; das wäre unlogisch, weil damit in Wahrheit die angebliche Berechtigung beider Standpunkte in ein Nichtberechtigtsein beider umschlüge.

Solche Abstrakta mit diametraler Gegensätzlichkeit berechtigter Standpunkte können somit nur zu der Trennung des aktivischen und des passivischen Standpunkts in dem Sinne führen, dass sie lediglich gegen feindselige Angriffe von aussen her, d. h. eben von einem nicht diametral entgegengesetzten

Standpunkte aus, geschützt werden, wie dies oben für die lex lata entwickelt worden ist.

Es ist aber noch einen Schritt weiter zu gehen. Abstrakta, die der Staat selber so wenig fixieren kann, dass er sie vielmehr dem Kampf der Geister überlassen muss und überlässt, erscheinen als solche überhaupt nicht als Gebilde von genügender Bestimmtheit. Das Recht tut nicht wohl daran, mit solchen Begriffen zu operieren, die gegensätzlicher Wertung von verschiedenen gleichberechtigten Standpunkten aus zugänglich sind[1]).

Dies um so weniger, als der den „Einrichtungen“ und „Gebräuchen“ zuteil werdende Rechtsschutz zur Imparität führt[2]). Die verschiedenen Glaubensbekenntnisse sind verschieden reich an Verehrungsobjekten, insonderheit hat deren die katholische Kirche sehr viel mehr, als die evangelische. Daraus erklärt sich, dass der bisherige § 166 StGB. fast ausschliesslich einseitig gewirkt, nämlich einseitig zum Schutze der katholischen Kirche geführt hat. Über solche Einseitigkeit darf man nicht hinweggleiten mit der Heranziehung der angeblichen Parallele: des Diebstahlsparagraphen, der doch auch eben nur dem Besitzenden zugute komme[3]). Dieser Vergleich lässt sich an einer gewissen äusseren Ähnlichkeit genügen und übersieht die innere Verschiedenheit. Während nämlich das Armsein an Gut und Geld ein rein faktischer Zustand ist, und das, was der Arme nicht hat, dennoch sein Eigen sein könnte, steht es mit dem Armsein an heiligen Einrichtungen und Gebräuchen ganz anders: es beruht darauf, dass die Religionsgesellschaft eben jene von anderen verehrten Einrichtungen etc. als widergöttlich verwirft. Für die evangelische Kirche ist im Grunde die Verwerfung der spezifisch katholischen Einrichtungen etc. selber sozusagen eine „Einrichtung“, die von gleicher religiöser Bedeutsamkeit ist, wie

[1]) Noch bedenklicher wäre die von Binding, Entwurf eines StGB. f. d. Norddtsch. Bund 31 (vgl. auch John, Entwurf, 391, K. Müller, Schweiz. Zeitschr. f. StrR. 17 38), vorgeschlagene Fassung: „Wer . . . . die höchsten Gegenstände der religiösen Überzeugung anderer beschimpft . . . .“ Binding erkennt selbst an, dass diese Formulierung „nicht sehr bestimmt“ ist.

[2]) Vgl. dazu Feder im Freien Wort 4, 952 ff.

[3]) Dies Argument findet sich bei Hamm, Dtsch. Jur.-Ztg. 10 273.

für die katholische Kirche das Haben und Aufrechterhalten jener Einrichtungen. Wahre Parität führt deshalb dahin, dass auch das evangelische Negieren katholischer Einrichtungen etc. staatlich genau so geschützt wird, wie die affirmierende Position der Katholiken.

Aus der Beschränkung des Rechtsschutzes auf positive Einrichtungen und Gebräuche ergibt sich die Straflosigkeit auch der ärgsten Verletzungen des protestantischen religiösen Gefühls, die nicht gegen die kleine Zahl evangelischer „Einrichtungen und Gebräuche“ gerichtet sind [1]). Empfindet es der Katholik als Schimpf, wenn seine Einrichtungen und Gebräuche verunehrt werden, so empfindet es der Protestant nicht minder als Schimpf, wenn seine Verwerfung katholischer Auffassung verunehrt wird. Und doch macht das Gesetz von heute einen Unterschied. Das darf nicht sein. So sehr dasjenige religiöse Gefühl geschützt werden muss, das gewisse Einrichtungen und Gebräuche hochhält, so sehr muss auch dasjenige religiöse Gefühl geschützt werden, das eine Gottesverehrung in der Freiheit von gewissen Einrichtungen und Gebräuchen findet. Erst dann, wenn dies geschieht, ist mit gleichem Masse gemessen.

Die kirchlichen Einrichtungen als solche können ferner um so weniger als berechtigte Schutzobjekte anerkannt werden, als der Staat nicht einmal seine eigenen, staatlichen Einrichtungen gegen abfällige Beurteilung schützt, die ärgsten „Beschimpfungen“ staatlicher Einrichtungen vielmehr straflos sind [2]). Vom Standpunkte der staatlichen Rechtsordnung aus stehen aber natürlich die Staatseinrichtungen höher, als die kirchlichen Einrichtungen,

---

[1]) Man vergegenwärtige sich die zahlreichen, das evangelische Bewusstsein aufs tiefste verletzenden Stellen in päpstlichen Bannbullen, bischöflichen Hirtenbriefen, Redewendungen auf Katholikentagen usw.

Vgl. auch Bott, Zur Lehre von den Religionsvergehen 36 ff.

Nun ist gewiss nicht anzustreben, dass solche Handlungen, wenn sie nichts als der ernste Ausdruck der katholischen Religionsauffassung sind, gestraft werden (s. unten). Wohl aber ist die Ungleichheit der Gesetzgebung zu beseitigen, die den positiven Besitzstand einer Konfession an Einrichtungen und Gebräuchen allein schützt und den negativen Besitzstand an immateriellen Gütern ausser acht lässt.

[2]) StGB. § 131 trifft nur denjenigen, der wider besseres Wissen Tatsachen erdichtet etc., um Staatseinrichtungen verächtlich zu machen.

die nur — ganz abgesehen von dem zwischen ihnen untereinander bestehenden Gegensatz — Partialerscheinungen innerhalb des Volkes sind: „Das höchste Gut des Volkes ist sein Staat" (Felix Dahn). Es wäre nicht zu rechtfertigen, wenn die Strafgesetzgebung dem minderen Rechtsgute einen Schutz angedeihen liesse, den es für das höherstehende nicht für erforderlich erachtet.

Noch weniger als die kirchlichen Einrichtungen etc. eignet sich als rechtliches Schutzobjekt das Kulturinteresse des religiösen Bewusstseins der Menschheit[1]). Denn dieses Bewusstsein ist eine völlig blutleere Abstraktion, mit der wohl Denker und Forscher operieren können, die aber eine Verpflanzung aus der Welt der Ideen in den Gerichtsaal nicht verträgt. Es mag richtig sein, dass der Staat bei seiner Gesetzgebung die Tendenz verfolgt und verfolgen soll, dem religiösen Bewusstsein Schutz zu gewähren[2]); aber die Rechtssätze selber sollen von diesem Begriffe unabhängig gestellt werden.

Auf der anderen Seite würde ein Strafgesetz, das bloss die körperlichen Gegenstände, an und mit denen sich der Gottesdienst vollzieht, als Angriffsobjekte nennt, als ungenügend erscheinen: es würde die Religion nur sozusagen an der Peripherie, nicht in ihrem Mittelpunkt, ins Auge fassen, und Strafwürdigeres mit Strafe verschonen, minder oder gar nicht Strafwürdiges strafen[3]).

---

[1]) In einer Untergrabung dieses Bewusstseins durch subversive Mittel will Kohler, Studien aus dem Strafrecht **1** 162, die deliktuose Eigenschaft der Religionsdelikte finden. Ähnlich wohl v. Rohland, Historische Wandlungen der Religionsverbrechen 23f. (Festschrift der Universität Freiburg zum 50jährigen Regierungsjubiläum des Grossherzogs Friedrich von Baden 141f.), Hugo Meyer, Lehrb. § 144, 1. K. Müller, Schweiz. Zeitschr. f. StrR. **17** 18, 26, 36. — Auch die Erörterungen von Villnow, Ger.-Saal **31**, 509ff., laufen auf einen ähnlichen Gedanken hinaus, verlieren sich aber in theologischen oder religionsphilosophischen Betrachtungen und zeigen gerade dadurch, dass man auf diesem Wege nicht zu stahlharten Begriffen kommt, wie sie das Recht braucht.

[2]) Schutzobjekt im Sinne Oppenheims, vgl. diesen, Objekte des Verbrechens, 303.

[3]) Deshalb abzulehnen Art. 101 des Expertenkommissionsvorentwurfs, Art. 183 des Entwurfs für ein schweizerisches StGB.: „Wer einen Gegenstand, der zum Gottesdienst oder zu einer gottesdienstlichen Handlung be-

Das, was des staatlichen Schutzes bedarf, ist vielmehr nicht das gedankliche Gebäude der „Einrichtung“ oder des „Gebrauchs“ oder des religiösen Bewusstseins, und andererseits nicht körperhafte Verehrungsgegenstände u. dgl., sondern die reale religiöse Empfindung der Menschen [1]). Als Angriffsobjekt im Tatbestande ist sie in der Weise zu nennen, dass das Delikt zum Erfolgsdelikt gemacht wird, d. h. dass nur dann der Tatbestand für voll erfüllt erklärt wird, wenn jemand in seinem religiösen Empfinden verletzt worden ist. Das Gesetz hat diesen Weg bereits eingeschlagen bei der Gotteslästerung. Beschimpfung Gottes ist nur strafbar, wenn jemand an ihr Ärgernis genommen hat. Wie seltsam, dass das Ärgernis nicht tatbestandlich erfordert wird, wenn jemand blosse Einrichtungen, Gebräuche oder Orte, die in Beziehung zu Gott gebracht werden, beschimpft! [2]) Omne jus hominum causa constitutum est — so möge sich das Recht auch dessen erinnern, dass das religiöse Gefühl als solches schutzberechtigt ist, dass die Menschen von Fleisch und Blut in ihrer Religiosität es sind, die nicht angegriffen werden sollen.

Dieses Gefühl kann sich zwar in den Köpfen verschiedener Menschen auf sehr widersprechende Objekte projizieren; es selbst aber ist eine reale Grösse und keineswegs ein erst aus

---

stimmt ist, ... verunehrt . . .“. Gegen diese Artikel K. Müller, Schweiz. Zeitschr. f. StrR. **17** 17, 30, der freilich in seinen Forderungen viel zu weit geht, immerhin aber mit dem Hinweise darauf Recht hat, dass religiöse Lehren dem religiösen Gemüte jedenfalls heiliger sind, als blosse stoffliche Träger religiöser Ideen. Gegenteiliger Auffassung Stooss, Schweiz. Zeitschr. f. StrR. **17** 165.

[1]) Vgl. hierzu Fuld in Goltd. Archiv **39** 145, Meves das. **27** 331.

Im wesentlichen haben bereits die Schriftsteller der Aufklärungszeit diese Forderung erhoben, vgl. v. Rohland a. a. O. 17 ff. (Festschrift 135 ff.). Hugo Meyer, Lehrb. § 145, 1, befürwortet die Schaffung eines Delikts der „öffentlichen Verübung von solchen Handlungen, die das allgemeine religiöse Gefühl gröblich zu verletzen geeignet sind“. Aber das „allgemeine“ religiöse Gefühl ist eine ins Unbestimmte verschwimmende Grösse, vgl. oben S. 22.

Gegen die gesetzliche Verwertung des Begriffs der Ärgerniserregung Berner, Lehrb. S. 442. Nach Blumensath, Die Religion und ihr strafrechtlicher Schutz 9, sollen „blosse Gefühle niemals Gegenstand des Rechtsschutzes sein können“.

[2]) So ganz richtig Blumensath a. a. O. 17.

einem Werturteil heraus bejahtes Abstraktum. Die religiösen Gefühle der einzelnen können sich widerstreiten, das religiöse Gefühl des einzelnen ist eine feste Grösse. Es besteht in dem Gefühl der seelischen Erhebung zu Gott und göttlichem Willen und Walten.

Und zwar ist dieses religiöse Empfinden jedes Menschen ein derart in sich geschlossener Begriff, dass die Relationen, in die es zu verschiedenen Objekten der Verehrung gesetzt wird, nur Einzelanwendungsfälle, nicht verschiedene Unterbegriffe ergeben. Ob es sich handelt um das Gefühl des direkten Verhältnisses des Menschen zu Gott oder um heilige Wesen, Personen oder Sachen, Lehren, Einrichtungen und Gebräuche, die zu Gott in Beziehung gesetzt und mit religiöser Andacht hochgehalten werden — immer ist das Eine religiöse Gefühl in Frage.

Diesem Umstande wird der Gesetzgeber der Zukunft Rechnung zu tragen haben. Nach geltendem Recht ist das religiöse Gefühl schutzlos, soweit es sich nicht auf Gott selbst, auf Einrichtungen und Gebräuche oder die Andachtsstätten, die zur Versammlung dienen, bezieht. Das religiöse Gefühl, soweit es ausgelöst wird durch die Religionsdogmen, durch einzelne Gegenstände der Verehrung usw. kann heute straflos verletzt werden. Aber wer könnte es billigen wollen, dass in frivoler Weise z. B. evangelisches Empfinden durch Verunglimpfung Luthers, katholisches Empfinden durch Verunglimpfung einer Heiligenstatue oder des heiligen Rockes in Trier usw. verletzt wird?

In dieser Hinsicht ist also der § 166 ausdehnungs-, genauer abrundungsbedürftig [1]).

Wenn Feder [2]) leugnet, dass das religiöse Gefühl eines besonderen rechtlichen Schutzes bedürftig sei, so ist dem gegenüber zu betonen, dass der Gesetzgeber die Rechtssatzungen den realen Bedürfnissen anpassen soll. Haben unzählige Tausende religiöses Gefühl und empfinden sie dessen Beeinträchtigung schmerzlich, so ist es nicht mehr als billig, dass der Staat Beeinträchtigungen verbietet, mögen auch andere

---

[1]) Ähnlich Meves, Goltd. Archiv 27 349.

[2]) Im „Freien Wort" 4, 902.

kein religiöses Gefühl haben oder kein Gewicht darauf legen. Werte, die in weiten Kreisen vorhanden sind, sollen nicht ignoriert werden.

Aber auf der anderen Seite kann natürlich davon keine Rede sein, dass das religiöse Empfinden à tout prix geschützt werde, dass also jede Verletzung dieses Rechtsguts strafbar sein könnte. Denn hier macht sich wiederum die Relativität des Begriffs des Heiligen geltend. So sehr das religiöse Empfinden des einzelnen der Wirklichkeit angehört, so sehr tritt doch die Differenz der Meinungen darüber hervor, ob die Dinge, auf die es sich bezieht, mit Recht mit dem Charakter des Heiligen umkleidet werden. Schützt der Staat jemandes religiöses Empfinden, so muss er es logisch folgerecht nicht nur passivisch, sondern auch aktivisch schützen, d. h. er muss ebenso sehr die eigene Betätigung des religiösen Empfindens schützen, wie er anderen die Verletzung desselben untersagt. Steht religiöses Empfinden gegen religiöses Empfinden, so neutralisiert sich notwendig der Rechtsschutz, m. a. W. die auf religiösem Empfinden ruhende Angriffsposition darf nicht minder geschützt sein, wie die Verteidigungsposition; das religiöse Empfinden äussert sich eben auch aggressiv, im Unwillen und Kampf gegen das Unheilige, gegen religiöse Greuel. Dem Pseudoheiligen die Maske herunterreissen ist auch Gottesdienst. Und so sehr das Gebot zu gelten hat, dass man vor der religiösen Überzeugung anderer Respekt haben solle, so wenig hält dieses Gebot da Stich, wo man im Kampfe gegen das, was man für antireligiös hält, begriffen ist [1]).

Somit kann die Verletzung des religiösen Gefühls niemals dann rechtswidrig und strafbar sein, wenn sie in eigenem religiösen Gefühl des Täters ihren Ursprung hat [2]) — ganz der Standpunkt des geltenden Rechts bei richtiger Auslegung des Beschimpfungsvorsatzes.

[1]) Man denke an die sogar handgreiflichen und gewalttätigen Durchsetzungen des Glaubens durch christliche Apostel. Vgl. z. B. über Bonifaz: Dahn, Könige der Germanen, Bd. 8, 5 S. 158 ff., 165 ff.

[2]) Vgl. hierzu die treffende Polemik Wachs a. a. O. 171 ff. gegen die Judikatur des Reichsgerichts; was dort de lege lata gesagt ist, gilt erst recht de lege ferenda.

Die Festhaltung dieses Standpunkts verlangen ausser den Gründen der Logik auch die einfachsten Zweckmässigkeitserwägungen.

Denn unbestreitbar ist, dass alle Strafverfolgungen gegen ernste Männer, die ihrer religiösen Überzeugung getreu das, was sie für gemein und widergöttlich halten, als solches bezeichnet haben, geradezu vergiftend und aufreizend wirken. Welch eine Fülle von Groll und Erbitterung hat etwa der Prozess Thümmel erzeugt! Mit echten Überzeugungen soll der Staat nicht spielen. Proklamiert er freie Religionsübung, so darf er sich nicht scheuen, ihre Betätigung auch da geschehen zu lassen, wo sie dem inneren Wesen der religiösen Auffassung gemäss zum Kampfe gegen das Pseudoheilige übergeht. Sonst knebelt er den Geist und erscheint als Unterdrücker der echten Geistesfreiheit. In den Kampf der Geister soll der Staat nicht durch Strafrichter, Staatsanwalt und Büttel eingreifen; zum Schweigen bringt er ihn doch nicht! Die Antwort kann und wird sonst immer nur ein flammender Protest sein können. So erzeugt der Staat dann selber einen gewaltigen Zündstoff. Wenn auch der Mund zum Schweigen gebracht wird, das Blut siedet um so heisser.

Schlechterdings Selbsttäuschung ist es, wenn man meint, solche Strafprozesse gegen mannhaftes Eintreten für das eigene religiöse Ideal wahrten den konfessionellen Frieden. Gerade das Gegenteil ist der Fall[1]). Märtyrer schaffen heisst nur den Schein des Friedens herbeiführen, in Wahrheit den Kriegszustand aufs äusserste verschärfen.

Und was für eine traurige Rolle spielt ein Staat, der an den denkenden und glaubenden Menschen die Zumutung stellt, seiner Überzeugung keinen Ausdruck zu geben! Die Zumutung, seine Ideale nicht zu bekennen, das, was man für abscheulich

---

[1]) Vgl. über die Erbitterung, die bei Evangelischen und Protestanten durch die Prozesse auf Grund des § 166 hervorgerufen worden ist, Wach, Zeitschr. f. Kirchenrecht 3. Folge 2, 161 ff.; vgl. weiter denselben a. a. O. 166, 176 ff.; v. Lilienthal, Deutsches Wochenblatt 1888 Nr. 29, 30.

Auf dem Standpunkt, dass durch die Bestrafung der Religionsdelikte Erbitterungen verhütet werden sollen, die die innere Ruhe des Staates gefährden könnten, steht Blumensath a. a. O. 9; ebenso K. Müller a. a. O. 25.

hält, nicht abscheulich zu nennen, ist tief unsittlich. Und ist auch Recht Recht selbst soweit es unsittlich ist, so soll doch das Recht nicht Unsittliches heischen. Man wende nicht ein, dass der Staat doch auch sonst vielfach dem Menschen die Zunge binde, dass man doch z. B. auch nicht seiner Verachtung, die man gegen Mitmenschen empfindet, ungezügelten Ausdruck geben dürfe. Hier handelt es sich um ganz anderes: um Verleugnung von Idealen. In der Religion handelt es sich um das Höchste, was das Menschenherz bewegt, und der Ingrimm gegen das religiös Verwerfliche, gegen das Gottlose, ist geradezu Bestandteil der Inbrunst für das Göttliche. Falsche Götter von ihrem Postament zu stürzen, liegt in der Richtung des religiösen Denkens. Und der Staat soll froh sein, wenn er aufrechte grundsatzfeste Männer hat, die es mit ihren Idealen ernst nehmen, und nicht bloss eine Herde von Flachköpfen, die sich für nichts begeistern und über nichts entrüsten, oder feige Seelen, die mit Knechtssinn ihre Ideale opfern. Dass aber die Proklamation der Denkfreiheit hohler Schall ist, wenn sie nicht auch als Äusserungsfreiheit anerkannt ist, kann schwerlich geleugnet werden.

Oft hört man zugunsten der Bestrafung von solchen Verletzungen des religiösen Gefühls anderer, die aus religiöser Überzeugung entquellen, das scheinbar einleuchtende Argument: der Staat dürfe bei aller Anerkennung solcher Überzeugungen doch keine „Schimpffreiheit" gewähren, sondern müsse vornehm ritterliche Kampfesart verlangen, „der Verpöbelung des öffentlichen Lebens entgegentreten"[1]. Ganz schön; nur ist dabei die Relativität des Begriffs des „Schimpfens" übersehen. Wer etwas für gemein und schändlich hält und es gerade im Dienste wahrer Religion für widergöttlich erklärt, der wird sich, er habe auch die stärksten Ausdrücke gebraucht[2], energisch die Insulte verbitten, dass man von ihm sagt, er habe Heiliges beschimpft. Wo es sich um einen Kampf gegen dasjenige handelt, was man als verwerflich empfindet, da kann man der Friedfertigste, Versöhnlichste und Mildeste sein, und man wird

[1]) K. Müller a. a. O. 24.

[2]) Darüber, dass es keine „rohen Formen" gibt, s. oben S. 15.

dennoch das Verdammungsurteil, das sich ja wohlgemerkt gegen blosse Abstraktionen richtet, in die strengsten Formen zu kleiden den inneren Beruf in sich fühlen. Der unparteiische Staat darf sich aber nicht mit der passivischen Feststellung begnügen, dass etwas als Schimpf empfunden worden sei; der andere Standpunkt muss unverkürzt in gleicher Weise zu seinem Rechte kommen; sonst verletzt eben der Staat selber das religiöse Gefühl, als dessen Schützer er sich proklamiert.

Dass die sog. Roheit der Form nichts objektiv Greifbares ist, ist schon oben gezeigt [1]). Sicher ist, dass es tief zu beklagen ist, wenn sich das religiöse Für und Wider in masslosen Schroffheiten und abstossendem „Pfaffengezänk" äussert, nicht die „urbanen" Formen einhält, nicht des Satzes „Suaviter in modo, fortiter in re" eingedenk ist. Aber solche den feineren Sinn verletzende Verfehlungen gegen den guten Umgangston abzustellen, ist Sache der ethischen Erziehung. Staatliche Zwangsmittel vermögen das Übel nimmermehr an der Wurzel zu packen. Und schliesslich ist ja die Gröblichkeit des Ausdrucks noch lange nicht das Schlimmste, was in der Art geleistet wird; die raffinierte Fuchsenschlauheit, die sorglich jeden formell „rohen" Ausdruck zu vermeiden weiss, aber dennoch das gegnerische Fühlen ins Mark hinein erregt, ist ungleich unerfreulicher, als das blosse klotzige Dreinschlagen mit „rohen" Ausdrücken [2]).

Auch das oft gehörte Argument: der Staat dürfe doch „keine Verhetzungen dulden" — hört sich gut an, zerfliesst aber doch unter den Händen. Gewiss ist es nicht erwünscht, dass sich die Parteien gegenseitig immermehr in leidenschaftliche Erbitterung hineinsteigern. Aber andererseits sind wir doch heute glücklich hinweg über den Satz, dass Ruhe die

[1]) Alle Erörterungen über die Grenzen des Erlaubten und Unerlaubten — z. B. Bott a. a. O. 40 ff. — verlaufen sich im Nebel.

[2]) Dass der blosse gesellschaftliche Umgang der Menschen untereinander an die „gute Form" gebunden ist, und dass Verfehlung in der Form deshalb Beleidigung sein kann, steht auf einem anderen Blatte. Vgl. oben S. 74 Anm. 2. Dass die Verletzung des Anstandes jedenfalls nicht den Charakter eines Religionsdelikts trägt, hebt richtig Stooss, Schweiz. Zeitschr. f. StrR. 17 167 hervor.

erste Bürgerpflicht sei. Ist nun einmal die Religionsspaltung vorhanden, und hat der Staat den Parteien die energische Verfechtung ihrer Ideale zu gewähren, so muss eben auch die Kampfesstimmung, die werbende Agitation hüben und drüben in den Kauf genommen werden. „Hetzen“ ist eine Bezeichnung, die immer nur die angefeindete Partei anwenden wird, während die angreifende dieses ihr „Hetzen“ eben lediglich als geistigen Vernichtungskampf gegen Schlechtes auffassen wird. Auch das „Hetzen“ ist also gar kein objektiv feststehender eindeutiger Begriff. Und sofern es dem Staate wirklich gelingt, die geistigen Waffen mit Watte zu umwinden, dann schwärt das Geschwür natürlich im Innern um so mehr fort, es wird in den Staatskörper immer mehr hineingetrieben.

Wenn solchergestalt die Verletzung religiösen Gefühls straflos bleibt, so mag man als Verletzter und als Religionsgenosse diese Tatsache schmerzlich empfinden. Aber gerade der religiös lebhaft Fühlende wird sich sagen, dass der Schmerz hierüber im Grunde nur ein Glied in der tiefen Trauer ist, die er darüber empfindet, dass nun einmal in der Welt zahlreiche Andersgläubige existieren, die Heiliges für unheilig, Unheiliges für heilig halten, und er wird mit liebender Toleranz dem Richterspruche Gottes das Weitere anheimstellen. Und Sache der Gesetzgebung kann es wahrlich nicht sein, der beklagenswerten Reizbarkeit unserer Zeit durch Normen und Strafgesetze Vorschub zu leisten, die bloss dem Gefühl der einen zu Liebe andere in der Denk- und Handlungsfreiheit beschränken[1]. Diese Reizbarkeit ist heute schon zur Siedehitze gesteigert. Was wird nicht alles heute als „grober Unfug“ abgestraft, was für Lappalien werden zu „Beleidigungen“ aufgebauscht! So war neulich in den Zeitungen zu lesen, dass ein Mensch wegen „groben Unfugs“ bestraft wurde, der, seines Zeichens ein „Kopfläufer“, für dieses Gewerbe dadurch Reklame getrieben hatte, dass er sich in den Strassen Berlins auf dem Kopfe laufend produziert hatte. Was für ein schwächliches Volk sind wir doch geworden, dass wir das nicht mehr ver-

[1]) Die Überspannung der Strafgewalt hat Frank in der Zeitschr. f. StRWiss. Bd. 18 S. 733 mit gutem Grunde beklagt.

tragen, sondern sofort nach dem Staatsanwalt rufen! Wahrlich, es wäre hoch an der Zeit, dass die Gesetzgebung solche Reizbarkeit abdämpfte und nicht einfach alles Handeln pönalisierte, das anderen Leuten missfällt.

So darf das Delikt der „Verletzung des religiösen Gefühls" niemals bejaht werden, wenn jemand nur seinem religiösen Standpunkte den adäquaten Ausdruck gegeben hat. Nur solche Verletzungen bleiben dem Strafrichter verfallen, bei denen von Standpunktsvertretung keine Rede war, wie etwa die in lustiger Gesellschaft oder sonst ohne ernsten Sinn verübten.

Bei dem, was bisher über das Handeln aus eigener religiöser Überzeugung ausgeführt wurde, ist zunächst immer nur an die Bekenner der positiven Religionen gedacht worden. Die „religiöse Überzeugung" kann aber auch eine rein negative sein im Sinne der Leugnung eines persönlichen Gottes, im Sinne des Materialismus, etwa des Häckelschen Monismus. Es ist selbstverständlich, dass auch diese Weltanschauung staatlich zu respektieren ist, und ihr ernster Ausdruck, auch wenn er die religiösen Gefühle der Bekenner positiven Glaubens verletzt, nicht gestraft werden kann [1]. Denn auch hier handelt es sich einfach um die Ziehung von Konsequenzen im Sinne und im Dienste der Wahrheit [2]. Es will beherzigt sein, was Schiller in seinem Distichon „Mein Glaube" sagt:

Welche Religion ich bekenne? Keine von allen,
Die du mir nennst. — Und warum keine? Aus Religion.

Von der Verwendung des Begriffs der „Beschimpfung" [3] sollte der Gesetzgeber der Zukunft Umgang nehmen. Zunächst schon deshalb, weil dieser Ausdruck Missdeutungen unterliegt und der Fortführung der bisherigen herrschenden Lehre unbedingt ein Riegel vorzuschieben ist. Sodann aber auch deshalb,

---

[1]) Vgl. hierzu Fuld, Goltd. Arch. 39 146.

[2]) Wenn Kohler, Studien 1 162, ein Delikt der Verletzung des religiösen Gefühls deshalb als unannehmbar ablehnt, weil sich Anhänger einer bestimmten Religion möglicherweise auch durch Resultate wissenschaftlicher Forschung verletzt fühlen könnten, so ist dieses Hemmnis doch gewiss nicht unübersteiglich. Das Gesetz braucht eben nur klarzustellen, dass die ernste wissenschaftliche Forschung, auch wenn sie religiöses Empfinden noch so empfindlich trifft, frei und nicht strafbar ist.

[3]) z. B. in der von Binding, Entwurf 30, 31, vorgeschlagenen Fassung.

weil bei Abstellung auf die Verletzung des religiösen Gefühls nicht nur die bisherigen einzelnen tatbestandlichen Angriffsobjekte entfallen [1]), sondern notwendig auch der Rechtsschutz über das blosse „Beschimpfen“ hinaus auszudehnen ist.

Wie oben gezeigt, ist nämlich ein Beschimpfen richtig verstanden nur vorhanden, wo Heiliges in sein Gegenteil verkehrt wird. Nun wird aber religiöser Sinn auch schon daran Anstoss nehmen, dass Heiliges als nicht heilig behandelt wird, auch wenn es nicht als religiös verwerflich gebrandmarkt wird. Auch in solchen Fällen kann zwar natürlich dann von Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit keine Rede sein, wenn der Handelnde lediglich ernster religiöser Überzeugung Worte leiht. Wo das aber nicht der Fall ist, sondern nur nichtsnutzige Anrempelung Gläubiger vorliegt, da ist auch Rechtsschutz am Platze.

Nur bedarf die blosse Profanierung oder Verweltlichung des Heiligen in ihrer Strafbarkeit noch einer Grenzziehung nach unten. Gerade der Deutsche fasst sein Verhältnis zu Gott und dem Göttlichen derart mit der Kraft des Gemüts auf, dass er jeder formstrengen Rigorosität widerstrebt und harmlose Vermenschlichungen u. dgl. mit der Ehrfurcht gegen das höchste Wesen zu vereinigen weiss. Wenn Goethe den Herrn auf die Bühne bringt und ihm menschliche Worte in den Mund legt, wenn unsere studentische Jugend in ihren Liedern Gott in gemütlichen Verkehr mit den Menschen treten lässt, so gibt es unzweifelhaft eine starre „Religiosität“, die daran Anstoss nimmt. Aber ein gesundes Empfinden wird solches Sich-verletzt-Fühlen nicht als berechtigt anerkennen [2]). Das Gesetz wird deshalb Vorsorge dafür zu treffen haben, dass hier das Strafgesetz ausgeschaltet wird.

Der Personenkreis, dessen religiöses Empfinden durch das neue Strafgesetz Schutz zu finden hätte, dürfte in keiner Weise eingeengt werden. Jedermann hat ein Anrecht darauf, in seinem religiösen Empfinden genau wie jeder andere geschützt zu werden, m. a. W. die Beschränkung auf Mitglieder staatlich

---

[1]) Oben S. 24.

[2]) Vgl. auch Kohler a. a. O. 1, 168—169.

anerkannter Religionsgesellschaften hätte zu entfallen[1]). Was wirklich göttlich und gottgewollt ist, kann und soll der Staat sich nicht vermessen zu entscheiden. Einzig darauf kommt es an, ob das betroffene Individuum in demjenigen verletzt worden ist, was es mit Andacht und Verehrung als göttlich und heilig betrachtet, was es in direkte Beziehung zu dem höchsten Wesen setzt.

Das neu zu schaffende Strafgesetz gegen die Verletzung des religiösen Gefühls würde nahe an das Strafgesetz gegen die Beleidigung heranrücken. Zwar besteht ja die letztere nicht in einer Kränkung, also einer Antastung des Gefühlslebens[2]); immerhin ist sie ein Delikt gegen ein Attribut der Persönlichkeit, mag man es Ehre oder soziale Stellung nennen. Man könnte daher recht wohl den gleichen Strafrahmen ansetzen[3]), auch die Verfolgung von einem Strafantrage dessen, der in seinem religiösen Gefühl verletzt worden ist, abhängig machen[4]). Andererseits würde an dem Requisit der Öffentlichkeit der Verübung nicht festzuhalten sein, sowenig wie dieses für den Tatbestand der Beleidigung aufgestellt ist.

Nach alle dem ergäbe sich etwa ein Strafgesetz folgenden Inhalts:

„Wer vorsätzlich das religiöse Gefühl eines anderen verletzt[5]), wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark

---

[1]) Das hat schon Binding, Entwurf 30, leider erfolglos, hervorgehoben. Vgl. auch Stooss, Schweiz. Zeitschr. f. StR. 17 170 Anm. 1.

[2]) So bekanntlich auch die herrschende Meinung gegen v. Bars „Kränkungstheorie“.

[3]) Die Strafdrohung des heutigen § 166 ist jedenfalls viel zu hoch. So auch schon durchaus richtig Binding, Der Entwurf eines StGB. für den Norddeutsch. Bund 29, 31. Zu hoch auch die von Stooss, Vorentwurf 1894 Art. 194 proponierte Strafdrohung, mit der auch die in dem Vorentwurf der Expertenkommission Art. 101 vorgeschlagene übereinstimmt.

[4]) Vgl. Fuld, Goltd. Arch. 39 145.

[5]) Diese Fassung wäre m. E. derjenigen vorzuziehen, die Stooss in seinem Vorentwurf 1894 Art. 94, vgl. auch Stooss, Schweiz. Zeitschr. f. StrR. 17 169, vorschlägt: „Wer den religiösen Glauben anderer in Ärgernis erregender Weise verhöhnt, verspottet oder verächtlich macht“. Denn in letzterer Fassung tritt die Hauptsache, nämlich der Erfolg, die Gefühlsverletzung (das Ärgernis) zu stark in den Hintergrund, und andererseits löst sich hier die Begehung zu kasuistisch auf („Verhöhnung“ usw.). Der Sache

oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Nicht rechtswidrig ist ein Handeln dieser Art, wenn es nur der Ausdruck ernster religiöser Überzeugung ist; ingleichen handelt nicht rechtswidrig, wer in harmloser Weise Religiöses vermenschlicht".

In diesem Strafgesetz hätte der bisherige § 166 vollständig aufzugehen; für die Gotteslästerung z. B. wäre an einer Sonderregelung nicht festzuhalten [1]).

Insbesondere verbliebe daneben für ein besonderes Strafgesetz gegen die Beschimpfung oder Verletzung von Religionsgesellschaften kein Raum. Die Religionsgesellschaften sind im bisherigen, dem Gedankenkreise des StGB. entsprechend, als etwas „Heiliges" behandelt worden. Diese Auffassung darf aber der Staat nicht als richtig zugeben. Mag auch eine Religionsgesellschaft sich selbst auf den Sockel des Heiligen erheben, so bleibt sie vom Standpunkte des Rechts aus doch einfach ein menschlicher Verband, eine als Ganzes gedachte Gruppe von Menschen [2]). Wird nun der einzelne der Gruppe angehörende Mensch in seinem religiösen Empfinden durch das Strafgesetz geschützt, so ist damit den Bedürfnissen der äusseren Ordnung — und nur diese strebt ja das Recht zu befriedigen an — erschöpfend Genüge geschehen. Das abstrakte Ganze hat kein reales „religiöses Gefühl", sein s. g. Religionsempfinden ist eben auch nur eine Abstraktion. Und hätte der Täter das religiöse Empfinden aller verletzt, so wüchse seine Tat nur quantitativ an, würde aber in ihrem Wesen keine Änderung erleiden.

---

nach berührt sich freilich der Stoosssche Vorschlag nahe mit dem unsrigen; nur kann Stooss (Vorentwurf S. 180) nicht zugegeben werden, dass Verletzung des religiösen Gefühls mit Antastung der Glaubensfreiheit identisch sei, und statt Glaubensfreiheit und Glauben ist, wie oben ausgeführt, das religiöse Gefühl einzusetzen.

[1]) Vgl. schon John, Entwurf zu e. StGB. f. d. Norddeutsch. Bund 393, Hälschner 2, 704, Binding, Entwurf 30.

[2]) „Ein künstlich personifizierter bemittelter Zweck ohne eigene Seele", Binding, Entwurf 30.

Nicht unbemerkt mag bleiben, dass natürlich überall da, wo die Anfeindung Andersgläubiger sich gegen die Ehre der Religionsdiener oder der sonstigen Bekenner der gegnerischen Konfession richtet, der Beleidigungsparagraph eingreift; so z. B. wenn die Ausstellung des heiligen Rockes als „Schwindel" bezeichnet, wenn die protestantische Priesterehe als ein unsittliches Verhältnis gebrandmarkt wird usw.[1]. Ob gestraft werden kann, hängt dann natürlich eventuell von Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des § 193 StGB. ab.

Einen Augenblick schwanken könnte man vielleicht, ob etwa neben das Delikt der Verletzung des religiösen Gefühls ein Delikt der wahrheitswidrigen Behauptung oder Bestreitung von religiös erheblichen Tatsachen zu stellen wäre, ähnlich wie bei der Beleidigung neben der Herabwürdigung durch Werturteil die üble Nachrede und die Verleumdung stehen. Allein ein solches Verbrechen der Religions- und Kirchengeschichtsfälschung (etwa nach dem Muster des § 131 StGB.) schaffen hiesse den geschichtswissenschaftlich zu führenden Kampf in die Gerichtssäle verlegen, und zur Entscheidung über geschichtswissenschaftliche Streitfragen sind die Gerichte nicht da. Man denke bloss an einen gerichtlichen Ausspruch über die Echtheit oder Unechtheit des heiligen Rockes von Trier, über den römischen Aufenthalt des Apostels Petrus usw.! Ein Interesse können die Religionsgesellschaften nur daran haben, dass sie anderen die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit bestimmter Tatsachen beibringen — Überzeugung wird aber ein Richterspruch dem Gegner niemals gewähren.

Dagegen würde der bisherige § 167 — ob geändert oder ungeändert, soll hier nicht untersucht werden — bestehen zu bleiben haben. Die Ausübung des Gottesdienstes durch die einzelnen und der Kult als Ganzes bedürfen einer Sicherstellung qua berechtigte Lebensbetätigungen. Und selbstverständlich ist, dass Eingriffe auch von seiten dessen, der den Gottesdienst für Götzendienst erachtet, nicht gestattet werden können. Kann der Staat ihm auch nicht zumuten, dass er ein sacrifizio dell'

[1]) Oder Bezeichnung eines Geistlichen als Dummkopfs (vgl. das Urteil in Stengleins Zeitschr. 5 309).

intelletto bringe und sein Werturteil zurückhalte, so kann er ihm doch verbieten, den Kampf durch reale Eingriffe in das Handeln Andersgläubiger zu führen. Ein Kampf um geistige Güter soll eben mit den Waffen des Geistes allein geführt werden. Darüber ist kein Wort weiter zu verlieren.

Die strafrechtliche Auffassung von den s. g. „Religionsdelikten“ hat im Wandel der Zeiten sehr verschiedene Phasen durchlaufen. Der Zug der Entwickelung ist deutlich erkennbar. Er führt von wahnwitzigster Unduldsamkeit und barbarischer Verfolgungswut zur Toleranz und zur Selbstbeschränkung der Strafgesetzgebung. Noch immer aber ist unser heutiges Strafrecht rückständig — durch seine Satzungen weht noch immer ein Hauch von der die Religion verstaatlichenden und darum gerade im religiösen Sinne vermessenen und frevelhaften Auffassung der Religionsdelikte als crimina laesae majestatis divinae. Möchte die künftige Strafgesetzgebung geläuterteren Auffassungen Rechnung tragen und dadurch, dass sie sich hütet, heissumstrittene religiös-ethische Forderungen zu starren Rechtssatzungen zu erheben, das stolze, aber für sich allein nur programmatische Wort wahr machen, dass heute der Staat die Geistesfreiheit respektiert und gewährleistet!

Vollstreckbarkeit

von

Otto Fischer

In unserer ZPO., aber auch in anderen Gesetzen, werden die Ausdrücke vollstreckbar und Vollstreckbarkeit häufig und als technische gebraucht. Die Feststellung des Begriffs ist für eine Reihe von Fragen, insbesondere die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, die Vollstreckbarkeitserklärung, das Vollstreckungsurteil, die Vollstreckungsklausel, den Kostenfestsetzungsbeschluss von grosser praktischer Bedeutung. Der nächste Wortsinn von Vollstreckbarkeit ist offenbar, wie bei dem synonymen französischen Worte exécutoire, die Geeignetheit als Grundlage einer Zwangsvollstreckung. Damit würde es übereinstimmen, wenn die ZPO., welche auch die Regelung der Vollstreckbarkeit an die Spitze des über die Zwangsvollstreckung handelnden Buches gestellt hat, als Synonymum in § 104 Abs. 1 den Ausdruck „zur Zwangsvollstreckung geeignet" anwendet, und in § 725 die Vollstreckungsklausel zum „Zwecke der Zwangsvollstreckung" erteilen lässt, und in §§ 722, 1042 die Bedeutung der Vollstreckungsurteile darin sieht, dass sie die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung[1]) aussprechen.

Eine weit verbreitete Meinung geht dahin, dass ein Bedürfnis bestehe, einen weiteren Sinn von vollstreckbar und Vollstreckbarkeit anzunehmen, der die ganze der Rechtsverwirklichung und Rechtsbefriedigung im Gegensatz zur Rechtsfeststellung dienende Rechtspflegetätigkeit des Staates umfasse[2]).

Und man will nun auch diesen weiteren Sinn bereits in der Gesetzgebung, vor allem in der ZPO. finden. Nach Stein[3])

---

[1]) Der die Vollziehung von Arrestbefehlen und einstweiligen Verfügungen ohne weiteres gleichzustellen ist.

[2]) Hegler, Beitr. z. L. v. proz. Anerkenntnis und Verzicht S. 75.

[3]) Gaupp-Stein, Kommentar 4. Aufl. A. III vor § 704. Dort auch die weitere Literatur.

umfasst die Vollstreckbarkeit der ZPO. nicht bloss die Fähigkeit, Grundlage der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne, sondern daneben auch die Fähigkeit, Grundlage der „sonstigen realen Urteilswirkungen“ (auch Vollstreckungswirkungen genannt) zu sein. Stein meint, die ZPO. sei sich des Unterschiedes zwischen Zwangsvollstreckung i. e. S. und sonstiger Vollstreckungswirkungen nicht klar bewusst gewesen. Für die Auslegung des Gesetzes bilde aber auch sein erweislicher Irrtum die unverbrüchliche Norm, wenn er in dem Inhalt des Gesetzes zum Ausdruck gekommen sei.

Noch weiter ist schon früher der 6. Zivilsenat des Reichsgerichts in den Gründen eines übrigens den vorliegenden Fall zutreffend entscheidenden Urteils[1]) gegangen mit der Annahme, dass vollstreckbar im Sinne der ZPO. auch bloss feststellende und abweisende Entscheidungen seien, und dass die Klage auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils aus einem Schiedsspruche der siegreichen Partei ohne Rücksicht auf dessen Inhalt unter allen Umständen gegeben sei, um die Gültigkeit des Schiedsspruchs „bestätigen“ zu lassen. Das Urteil sagt: „Vollstreckbar sind auch (rechtskräftige) richterliche Urteile, welche nur das Bestehen eines Rechtsverhältnisses feststellen oder eine Partei zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilen oder die Klage abweisen, obwohl daraus keine eigentliche Zwangsvollstreckung stattfindet. Der Ausdruck „vollstreckbar“, den die ZPO. von Urteilen braucht, bedeutet nicht soviel wie „vollstreckungsfähig“, sondern kennzeichnet nur das Urteil als gültig, rechtswirksam, unanfechtbar“ [2]). Damit wären Rechtskraft

[1]) Vom 30. Juni 1886, E. 16 S. 477. Verwiesen wird auf dieses Urteil in einem, übrigens ebenfalls im Ergebnis nicht zu beanstandenden Urteile des 1. Senats vom 11. Januar 1890, E. 25 S. 377.

[2]) Auch das Hanseat. OLG. sagt in dem im entscheidenden Teile zutreffenden Urteil v. 9. April 1892 (Seuff. Arch. 48 Nr. 160): „Ein vollstreckbares Urteil ist nicht nur dann vorhanden, wenn auf Grund desselben eine Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden kann, sondern durch den Ausdruck vollstreckbar wird bezeichnet, dass das Urteil rechtswirksam die Verhältnisse der Parteien zueinander regelt, definitiv, insofern das Urteil rechtskräftig geworden, vorläufig d. h. bis zum Eintritt der Rechtskraft oder bis zur Wiederaufhebung des Urteils, wenn die vorläufige Vollstreckbarkeit ausgesprochen ist“.

und Vollstreckbarkeit völlig identisch und man müsste konsequenterweise „vorläufig vollstreckbar" mit „vorläufig rechtswirksam" und „vorläufig unanfechtbar" (eine offenbare contradictio in adjecto) identifizieren, obwohl die ZPO. in § 76[1]) Vollstreckbarkeit und sonstige Wirksamkeit ausdrücklich unterscheidet.

Dieser Ausdehnung der Vollstreckbarkeit ist L. Seuffert[2]) insoweit entgegengetreten, als es sich um klagabweisende und nur feststellende Urteile handelt. Aber auch er will auf Bewirkungsurteile, soweit es nach deren Inhalte möglich ist, die Vorschriften über vorläufige Vollstreckbarkeit, Vollstreckungsurteil und Vollstreckungsklausel anwenden. Er meint, von Vollstreckbarkeit sollte eigentlich nur bei solchen Urteilen die Rede sein, die Vollstreckungstitel sind, d. h. auf Grund deren die Zwangsvollstreckung stattfinden kann. Dem stehe aber die Ausdrucksweise des Gesetzes entgegen. Sicherlich beruhe diese auf einer Begriffsverwirrung, aber man müsse anerkennen, dass nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes Vorschriften über Vollstreckbarkeit auf Entscheidungen, die keine Vollstreckungstitel sind, Anwendung finden.

Ich habe niemals an den weiteren Sinn von vollstreckbar, so wie ihn Stein hinstellt, geglaubt, und konnte auch Seuffert in bezug auf die Ausdehnung der Vollstreckbarkeit auf Bewirkungsurteile nicht folgen. Ich habe aber immerhin der Vollstreckbarkeitserklärung einen sehr weiten Spielraum verstattet und sie bei Urteilen ohne Rücksicht auf den Inhalt für zulässig gehalten[3]). Die nochmalige Prüfung und Durchforschung des Gesetzgebungsmaterials hat mich aber davon abgebracht. Ich stehe jetzt auf dem Standpunkte, dass der ZPO. in der Tat an und für sich nur die Bedeutung der Vollstreckbarkeit zugrunde liegt, welche dem äussern Wortsinne entspricht und von der auch nach Seuffert eigentlich nur die Rede sein kann, die Geeigentheit als Grundlage einer Zwangsvollstreckung im Sinne der ZPO. Ich verkenne nicht,

[1]) Ebenso § 236 Abs. 3 der alten ZPO.

[2]) Kommentar z. ZPO. 9. Aufl. A. 3 vor § 704.

[3]) In Übereinstimmung mit Schäfer bei Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen, A. 1 zu § 721 ZPO.

dass sich bei Festhaltung dieses Begriffs als Ausgangspunktes Schwierigkeiten und scheinbare Widersprüche ergeben, meine aber, dass deren Lösung möglich ist, ohne dass man zu der Annahme eines weiteren Sinnes von Vollstreckbarkeit genötigt wird.

Ich komme also in der Hauptsache zu dem Ergebnis, welches bereits im Jahre 1898 Gmelin in seiner Schrift: Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozessrecht, vertreten hat [1]). Da es aber dieser Schrift nicht gelungen ist, die gegenteilige Meinung zu überwinden, so erscheint die nochmalige Erörterung auf breiterer Grundlage und unter Würdigung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte geboten. Zuvor wird eine Verständigung über die zu befolgende Methode notwendig.

Würde das Ziel einer Gesetzesauslegung dadurch gegeben sein, dass man nach den Absichten und dem Willen des sog. Gesetzgebers, d. h. nach den auch ausserhalb des Gesetzes zutage getretenen Meinungen, Gefühlen und Bestrebungen der mit den Vorarbeiten betraut gewesenen Personen zu forschen hätte, so wäre meine Aufgabe in diesem Falle eine sehr leichte. Denn eine genaue Durchforschung der gesamten Vorarbeiten, von den Arbeiten der hannoverschen und der preussischen Kommission angefangen, ergibt so evident, dass keiner der Beteiligten in irgendeinem Augenblicke beabsichtigt hat, sich mit dem Worte vollstreckbar von dem gewöhnlichen Wortsinne zu entfernen oder sich auch nur dessen bewusst gewesen ist, dass der Gebrauch der Worte Vollstreckbarkeit und vollstreckbar in den hergestellten Entwürfen möglicherweise in einem anderen Sinne aufgefasst werden könnte, dass ich so lange darauf verzichten kann, diesen sehr raum- und zeitraubenden und doch im wesentlichen nur rein negativen Nachweis im einzelnen zu führen, bis von irgendeiner Seite Material für das Gegenteil beigebracht wird, was bis jetzt nicht geschehen ist. Anscheinend sind auch Stein und L. Seuffert mit mir der Meinung, dass dieser Nachweis sich nicht führen lässt. Wenn Stein der

[1]) Vorher aber schon, auch gegenüber dem Reichsgerichtsurteil vom 28. Juni 1886, Alfred Schultze, Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen den Rechtsnachfolger S. 6 ff.

ZPO. Unklarheit des Bewusstseins und Irrtum, L. Seuffert aber Begriffsverwirrung vorwerfen, so wollen sie selbstverständlich hiermit nicht das Gesetz personifizieren, sondern diese nur bei Menschen denkbaren Schwächen nicht dem Gesetze, sondern den bei der Gesetzgebungsarbeit beteiligten Personen imputieren. Sie nehmen offenbar an, dass diese Personen infolge von Begriffsverwirrung und mangelnder Klarheit des Bewusstseins nicht bemerkt haben, dass der Sprachgebrauch der von ihnen gearbeiteten Entwürfe und die darin beliebte Verwendung der Ausdrücke Vollstreckbarkeit und vollstreckbar sich von dem entfernt habe, was der gemeine Sprachgebrauch und sie selbst unter diesen Worten verstanden. Sie nehmen aber nicht an, dass jene Gesetzesarbeiter die Absicht gehabt hätten, einen neuen und weiteren Sinn von Vollstreckbarkeit in die Gesetzessprache einzuführen.

Aber damit ist die Aufgabe nicht gelöst. Bindend ist nur das losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tretende Wort des Gesetzes [1]), ein Grundsatz, den ich, unbeschadet der Bedeutung, welche der Entstehungsgeschichte für die Gesetzesauslegung zukommt, festgehalten habe, solange ich Gesetzesauslegung treibe [2]), der aber in der Praxis noch immer nicht die erforderliche Anerkennung findet und die Rechtsprechung nach den Motiven [3]) noch nicht beseitigt hat. Nötigt der durch exakte Auslegung der Gesetzesworte gefundene Gesetzesinhalt zu der Annahme, dass das Wort Vollstreckbarkeit in einer weiteren, von dem gewöhnlichen Wortsinn abweichenden Bedeutung gebraucht sei, so ist der Sinn überall da, wo er sich als dem Gesetze entsprechend ergibt, anzuwenden, auch wenn man zugeben muss, dass dieser Sinn den Verfassern der Vorarbeiten infolge von Unklarheit, Begriffsverwirrung, Irrtum oder aus irgendeinem andern Grunde verborgen geblieben ist.

Soweit dürfte also über Methode und Ausgangspunkt der Untersuchung Einigkeit bestehen. Aber es muss nun auch die

---

[1]) Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. 1904. Einl. S. XXVII.

[2]) Vorwort zum Kommentar zum pr. Ges. betr. die Zwangsvollstreckung i. d. unbewegl. Verm. von Kirch und Fischer 1884.

[3]) Man vergleiche z. B. die Verwertung der Vorarbeiten in R.-Entsch. 57 S. 246.

geschichtliche Methode zu ihrem Rechte kommen. Die Gegenansicht benutzt eine Reihe von „Unstimmigkeiten“ des geltenden Rechts, welche sich bei strengem Festhalten an dem engeren und eigentlichen Sinn von Vollstreckbarkeit ergeben, um die Grundlage für den Erweis der Notwendigkeit der Annahme des weiteren Begriffs zu bekommen. Diese „Unstimmigkeiten“ sind in der Tat vorhanden. Sie sind aber nicht auf einmal in das Gesetzgebungswerk gelangt, sondern allmählich und zu verschiedenen Zeiten. Es ist deshalb lehrreich, nicht bloss die fertige, inzwischen übrigens auch durch die Novelle vom 17. Mai 1898 beeinflusste ZPO. in Betracht zu ziehen, sondern auch die vorherliegenden Entwürfe, welche nur einen Teil der „Unstimmigkeiten“ aufweisen. Es wird durchaus zur Klärung der Frage beitragen, wenn auch bezüglich der Vorentwürfe die Frage aufgeworfen wird: Würden auch sie schon, wenn sie Gesetz geworden wären, zu der Annahme genötigt haben, dass die Vollstreckbarkeit in einem weiteren Sinne zu verstehen und anzuwenden sei? Aber auf den Werdegang der ZPO. und die Betrachtung der Vorentwürfe darf sich die Förderung, welche aus der geschichtlichen Betrachtungsweise gesucht wird, nicht beschränken. Auch der vorherliegende Rechtszustand, an welchen die ZPO. angeknüpft hat, ist ins Auge zu fassen, und zu fragen, ob und welche Bedeutung bereits hier dem Worte Vollstreckbarkeit beigewohnt hat. Denn wenn auch die Möglichkeit der Änderung dieses Sinns eben durch die ZPO. durchaus nicht von der Hand gewiesen werden darf, so ist es doch von grosser Wichtigkeit für die Behandlung der ganzen Frage, ob eine Neuerung oder ein Festhalten an dem bisherigen Rechtszustande in Frage steht.

Eine eingehendere Untersuchung des vor der hannoverschen Prozessordnung vom 8. November 1850 bestehenden Rechtszustandes und insbesondere der Rückgang auf das frühere gemeine und preussische Prozessrecht erscheinen aber entbehrlich.

Das gemeine deutsche[1]) und das preussische Prozessrecht

[1]) Dass ich auch auf das ältere deutsche Recht hier nicht eingehen kann, bedaure ich namentlich mit Rücksicht auf den Anlass, dem diese Schrift ihre Entstehung verdankt.

liefern in dieser Beziehung wenig Ausbeute. Das Wort Vollstreckbarkeit kommt als technisches im ganzen noch nicht vor. Wenn vereinzelt in neueren preussischen Gesetzen [1]) vom „vollstreckbaren“ Titel die Rede ist, so handelt es sich um solche Vorschriften, welche in Anlehnung an das französische Recht entstanden sind und eine Übersetzung des titre exécutoire geben wollen.

Allerdings wusste auch die ältere deutsche Prozesstheorie schon zwischen der Zwangsvollstreckungsfähigkeit und den sonstigen Rechtskraftwirkungen zu unterscheiden. Aber der Gegensatz trat äusserlich wenig in die Erscheinung. Denn im Regelfall konnten nur rechtskräftige Urteile die Grundlage einer Zwangsvollstreckung bilden, und die Leitung der Zwangsvollstreckung lag ausschliesslich in den Händen des Prozessrichters, so dass die „Exekutionsinstanz“ als Bestandteil des Prozesses oder Rechtsstreits betrachtet wurde.

Das ist nun im französischen Rechte ganz anders. Dieses hat in weit grösserem Umfange als das deutsche Recht der gemeinrechtlichen Periode nicht rechtskräftige Entscheidungen zur Vollstreckung zugelassen. Vor allem aber hat es zuerst jugement und exécution scharf getrennt, und die letztere anderen, vom urteilenden Gericht ganz unabhängigen Organen überwiesen, so dass es unmöglich wurde, die Zwangsvollstreckung als eine blosse Instanz des Prozesses aufzufassen. Rechtsstreit und Zwangsvollstreckung sind jetzt zwei verschiedene, unabhängig nebeneinander stehende Aufgaben der streitigen Zivilgerichtsbarkeit geworden. Daher hält die französische Theorie autorité de la chose jugée und exécution forçée scharf auseinander [2]). Dass übrigens neben der eigentlichen Zwangsvollstreckung auch noch sonstige reale Urteilswirkungen vorkommen können, erkennt die französische Theorie dadurch an, dass sie von der exécution forcée proprement dit die exécution par suite d'instance unterscheidet, zu welcher die Festsetzung des Betrages von Kosten, Schäden und Früchten, sowie die Sicherheitsleistung gerechnet werden [3]). Allerdings wird hier, wie

[1]) § 201 KO. v. 8. Mai 1855.

[2]) Garsonnet, cours de procédure III § 460.

[3]) Garsonnet a. a. O. §§ 494 ff.

man anerkennt, das Wort exécution, übrigens ohne den Zusatz forçée, in einem weiteren und unregelmässigen Sinne gebraucht.

Vor allem aber ergab sich des Bedürfnis nicht bloss arrêt und titre exécutoire, d. h. susceptible d'exécution parée [1]) zu scheiden, sondern auch für die nun selbständig auftretende Zwangsvollstreckung eine formelle Grundlage zu schaffen. Dieses geschieht durch den Grundsatz [2]), dass Urteile der ordentlichen Gerichte und in der Regel auch andere Vollstreckungstitel der formule exécutoire bedürfen. Die der siegreichen Partei überlieferte erste Ausfertigung (expédition) des Urteils, die sog. grosse, hat nur dann die Kraft eines titre exécutoire, wenn sie am Kopf dieselbe Intitulation, wie ein Gesetz [3]) und am Schluss den mandement aux officiers de justice [4]) enthält. Aber gegenüber der heutigen Vollstreckungsklausel des deutschen Rechts, welche aus dieser formule exécutoire entstanden ist, bestehen wichtige praktische Unterschiede. Das französische Recht betrachtet auch die Urteile erster Instanz allgemein für sofort vollstreckbar, so dass also nicht erst eine Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit erforderlich ist. Nur wenn eine Anfechtungsmittel mit Suspensiveffekt, insbesondere appel und opposition (nicht aber cassation) eingelegt wird, tritt auch Suspension der Zwangsvollstreckung ein.

Aber alle diese Dinge sind von dem Vollstreckungsorgan selbst zu prüfen und zu beachten, so dass der Zweck der heutigen deutschen Vollstreckungsklausel, das Vollstreckungsorgan von der Prüfung der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung möglichst zu befreien, bei der französischen formule exécutoire nicht erreicht wird.

---

[1]) Garsonnet a. a. O. III § 541. Vgl. im einzelnen E. Weber, étude critique et comparaison de l'exécution forcée en droit français et en droit allemand 1899 S. 21 ff. Herrn Advokaten Eugène Weber in Paris habe ich auch für private Auskunft zu danken.

[2]) art. 545 code de procéd. civ.

[3]) Zur Zeit: République française. Au nom de peuple français.

[4]) En conséquence le président de la République française mande et ordonne à tous huissiers sur ce requis de mettre le dit arrêt à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de première instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte, lorsqu'ils en seront légalement requis.

Für das französische Recht erhält aber die Ansicht der Gegner dadurch eine grosse Stütze, dass die Praxis der grosse jedes ordentlichen Urteils ohne Unterschied des Inhalts die formule exétoire gibt. Man nimmt an, dass das Gesetz solches verlange und hält es auch wegen der Kostenerstattung für erforderlich. Da es ordentliche Urteile ohne diese Formel nicht gibt, so hängen allerdings alle Urteilswirkungen, auch die hypothèque judiciaire von der Formel ab. Für Schiedssprüche und ausländische Urteile ist nach art. 2123 code civil auch die Urteilshypothek nur gegeben, wenn sie die ordonnance judiciaire d'exécution erhalten haben. Diese wird regelmässig nur auf Grund mündlicher Verhandlung mit sachlicher Prüfung (révision an fond) gegeben. Nur wo Staatsverträge dieses festsetzen, genügt ein auf formeller Grundlage erlassenes Exequatur-Urteil der chambre de conseil.

Dies französische Zwangsvollstreckungsrecht ist der Ausgangspunkt für die moderne Gestaltung der deutschen Zwangsvollstreckung geworden, die freilich, wie auch französischerseits anerkannt ist, das Vorbild an Präzision und Spezialität der Regelung und an praktischer Brauchbarkeit überragt.

Den Übergang vom französischen Recht zum deutschen Reichsrecht hat die bürgerliche Prozessordnung für Hannover vom 8. November 1850 vermittelt. Diese enthält auch bereits in den Grundzügen das heutige Zwangsvollstreckungsrecht vollständig[1]). Und sie kann deshalb als sicherer Ausgangspunkt für die hier zu unternehmende Untersuchung dienen, weil sich für sie unzweifelhaft ein sicheres und von „Unstimmigkeiten“ freies Ergebnis herstellen lässt.

Die Vorschrift des § 529 Abs. 1: „Nur diejenigen Urteile und Urkunden sind zur Zwangsvollstreckung geeignet, welche in vollstreckbarer Ausfertigung vorliegen, d. h. im Eingange die Worte: „Im Namen des Königs sofort vollstreckbar“ enthalten“, lehnt sich äusserlich an das französische Recht an. Aber der Gerichtsschreiber darf nach Abs. 2 die Klausel bei Urteilen,

[1]) Dass das Zahlungsgebot als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung später (durch den norddeutschen, nicht schon durch den hannoverschen und preussischen Entwurf) fortgefallen ist, hat für den hier verfolgten Zweck keine Bedeutung.

die nicht in letzter Instanz ergangen sind, nur dann hinzufügen, wenn Berufung und Einspruch nicht erhoben oder erledigt sind oder wenn eine sofortige Vollstreckbarkeit aus besonderen Gründen vorhanden ist.

Eine solche ist namentlich gegeben, wenn ein Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Die Fälle sind im einzelnen teils als obligatorische, teils als fakultative aufgeführt. Es ist dabei aber verordnet, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit sich nicht auf die Prozesskosten beziehen und wegen dieser nicht erkannt werden darf (§ 409). Dementsprechend kann die Kostenerstattung, abgesehen von dem Falle, dass die Festsetzung in das Urteil aufgenommen wird (§ 51), nur auf Grund rechtskräftigen Urteils oder eines sonstigen, nicht bloss vorläufig vollstreckbaren Urteils, erfolgen[1]).

Für ausländische Urteile gilt der Grundsatz, dass sie unter Beachtung der allgemeinen Voraussetzungen für die dem Auslande zu leistende Rechtshilfe wie inländische Urteile in Vollzug zu setzen sind. Die Vollstreckungsklausel ist nach Prüfung des Vorhandenseins der Voraussetzungen ohne Anhörung der Parteien durch das Amtsgericht anzubringen, welches dann, wie das Gesetz hinzufügt, einen Gerichtsvoigt mit der Vornahme der Zwangsvollstreckung beauftragt. Ähnliches gilt für schiedsgerichtliche Urteile.

Allerdings findet sich in der hannoverschen Prozessordnung keine ausdrückliche Vorschrift, dass „Vollstreckbarkeit“ und „zur Zwangsvollstreckung geeignet“ gleichbedeutend seien. Indessen angesichts des § 529 Abs. 1 ist es offenbar, dass hier beide Ausdrücke völlig gleichbedeutend gebraucht werden. Es findet sich auch in dem ganzen Gesetze keine einzige Stelle, in welcher dieser Sinn verlassen wäre. Alle die Schwierigkeiten, welche jetzt für die deutsche ZPO. bestehen, waren damals nicht vorhanden. Sie verdanken erst der ZPO. bzw. den ihr vorangegangenen Entwürfen ihre Entstehung.

Freilich ist auch in der hannoverschen Prozessordnung nirgends gesagt, dass die vollstreckbaren Schuldtitel einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt haben müssten. Aber

---

[1]) Leonhardt, Bürgerl. Prozessordn. Anm. 1 zu § 50.

wenn z. B. § 528 sagt: „Die gerichtliche Zwangsvollstreckung (Exekution) kann erfolgen auf den Grund

1) rechtskräftiger Urteile einheimischer Gerichte. Diesen stehen hierin gleich die Ungehorsamsurteile nach unbenutztem Ablaufe der regelmässigen Einspruchsfrist, der vorläufig für vollstreckbar erklärten Urteile usw.", so erscheint es zweifellos, dass hier nicht allen rechtskräftigen Urteilen die Vollstreckbarkeit zugesprochen ist, sondern nur solchen, die sich inhaltlich zur Zwangsvollstreckung eignen, und dass demzufolge auch nur solche Urteile für vorläufig vollstreckbar erklärt werden dürfen, welche einen derartigen Inhalt haben. Auch § 485 beginnt unter der Überschrift „Vollstreckbarkeit des Urteils" mit den Worten: „Die Vollstreckbarkeit des den Beklagten verurteilenden Erkenntnisses etc.". Es gibt keine Stelle in der hannoverschen Prozessordnung, die auf etwas anderes hindeutete. Vor allem ist auch von vollstreckungshindernden vollstreckbaren Entscheidungen noch nicht die Rede. Auch die Vollstreckungsklausel für inländische Urteile und andere inländische Schuldtitel, ebenso aber auch für ausländische Urteile und Schiedssprüche, ist lediglich für die Zwecke der engeren und eigentlichen Zwangsvollstreckung berechnet. Dass das französische Recht die formule exécutoire in weiterem Sinne verwendet hat, kann aus doppeltem Grunde nicht dagegen in Betracht kommen. Die Klausel hat eine ganz veränderte sachliche Bedeutung erhalten. Das Gebiet der Zwangsvollstreckung ist scharf und klar umgrenzt.

Für die hannoversche Prozessordnung besteht also das zweifelsfreie Ergebnis, dass hier vollstreckbar nur in dem Sinne von zur Zwangsvollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne geeignet gebraucht wird. Eine Änderung dieses Sinnes könnte also erst bei späteren Gesetzgebungsarbeiten erfolgt sein.

Als die Kommission zur Ausarbeitung des norddeutschen Entwurfs ihre Arbeiten begann, standen ihr als Vorarbeiten zu Gebote:

1) der hannoversche Entwurf von 1866,
2) der preussische Entwurf von 1864.

Wenngleich ersterer der Beratung zunächst zugrunde gelegt wurde, fand auch der andere Berücksichtigung. Er hat

gerade für die Gestaltung der Zwangsvollstreckung in dem norddeutschen Entwurfe eine nicht unerhebliche Bedeutung erlangt.

Von diesen beiden Entwürfen hat sich der hannoversche in allen hier in Betracht kommenden Punkten der hannoverschen Prozessordnung angeschlossen, so dass das für diese gefundene Ergebnis, insbesondere die strenge Übereinstimmung von „vollstreckbar und „zur Zwangsvollstreckung geeignet", ohne weiteres auf diesen Entwurf übertragen werden könnte, wenn nicht in der Tat eine Unstimmigkeit bereits hier vorhanden wäre.

§ 72 des Entwurfs zweiter Lesung (die erste Lesung § 75 enthält den Stein des Anstosses noch nicht) bestimmt: „Will eine Partei die Feststellung von Kosten, zu deren Erstattung die Gegenpartei auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels verpflichtet ist, veranlassen, so hat sie etc.".

Hier verliess man das rechtskräftige Urteil, die bisherige Basis der mit der Vollstreckbarkeit im eigentlichen Sinn in gar keinem Zusammenhange stehenden Kostenfestsetzung und beging zugleich das erstere gesetzgeberische Versehen in bezug auf die Verwendung des Ausdrucks „vollstreckbar". Offenbar wollte man die Kostenerstattung nicht mehr nur wie bisher bei den rechtskräftigen Urteilen, sondern bei sämtlichen in § 645 des Entwurfs mit dem Eingange: „Das Vollstreckungsverfahren findet statt auf Grund:" aufgeführten Arten von Entscheidungen, Vergleichen, Anerkenntnissen und Urkunden zulassen. Der Fehler, welchen man beging, bestand darin, dass man übersah, dass abweisende Urteile, selbst rechtskräftige, nicht unter den § 645 fielen, weil auf Grund solcher ein Vollstreckungsverfahren nicht stattfinden konnte. Indem man also das Kostenerstattungsverfahren einerseits auf andere Titel als Urteile ausdehnte, beseitigte man es nach dem Buchstaben des Gesetzes für abweisende Urteile und andere Urteile ohne einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt. Dieses ganz sichere Ergebnis der Wortauslegung ist aber so handgreiflich unbrauchbar, dass es im Wege der logischen Interpretation beseitigt werden muss. Auch auf Grund abweisender Urteile muss das Kostenerstattungsverfahren möglich sein, da sonst die in ihnen enthaltene Kostenentscheidung, sofern sie der

Festsetzung des Betrages ermangelte, ganz unausführbar wäre oder doch nur die Grundlage eines neuen Rechtsstreits bilden könnte. Es wird also in § 72 der Ausdruck „vollstreckbarer Schuldtitel“ durch die Worte „einer der in § 645 genannten oder vorbehaltenen Titel ohne Rücksicht auf einen vollstreckbaren Inhalt“ zu ersetzen sein.

Eine weitere mit diesem Punkte zusammenhängende Schwierigkeit hat dagegen der hannoversche Entwurf vermieden. An und für sich würden nach § 72 auch die für einstweilen vollstreckbar erklärten Urteile eine geeignete Grundlage für ein Kostenerstattungsverfahren sein, und man würde im weiteren auch fragen können, ob nicht nunmehr ein Urteil auch lediglich im Kostenpunkte für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könnte, nur zu dem Zwecke, um auf einfache Art eine Basis für ein Kostenerstattungsverfahren zu gewinnen. Beiden Konsequenzen trat aber der Entwurf durch die bestimmte Vorschrift entgegnen, welche in 2. Lesung an den Schluss des § 646 gesetzt war: „Wegen der Prozesskosten darf die einstweilige Vollstreckbarkeit nicht ausgesprochen werden; ist dieselbe im allgemeinen verfügt worden, so ist dieses auf die Prozesskosten nicht zu beziehen“.

Für den hannoverschen Entwurf ergibt sich also nur, dass in § 72 der Ausdruck „vollstreckbarer Schuldtitel“ infolge Versehens der Redaktion unrichtig gebraucht ist, übrigens hier sogar „abweisende Entscheidungen“ mit umfasst.

Diese einmalige Abweichung kann aber nicht zu der Ansicht führen, dass dem hannoverschen Entwurf neben dem im allgemeinen korrekt festgehaltenen Begriff der Vollstreckbarkeit im engeren und eigentlichen Sinne noch ein anderer, weiterer Begriff zugrunde liege.

Ausländische Urteile wurden nach dem hannoverschen Entwurf dadurch vollstreckbar, dass ihnen sobald der Fall der Rechtshilfe vorlag, die Genehmigungsklausel gegeben werden musste (657). Im Anschluss daran war bestimmt (§ 661): „Das Gericht, welches dem in einem anderen Staate erlassenen oder errichteten Schuldtitel die Genehmigungsklausel erteilt, hat einen Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung von Amtswegen zu beauftragen, wenn nicht der Gläubiger einen solchen

Auftrag bereits erteilt oder dessen Erteilung sich vorbehalten hat". Es ist ganz klar, dass die Genehmigungsklausel, die Vorläuferin des heutigen Vollstreckungsurteils, lediglich für die Zwecke einer engeren und eigentlichen Zwangsvollstreckung bestimmt war.

Der preussische Entwurf von 1864 ist in seiner allgemeinen Struktur des Zwangsvollstreckungsrechts und der Verwendung der Worte „vollstreckbar" und „Vollstreckbarkeit" dem hannoverschen Entwurf durchaus ähnlich [1]. Dass er z. B. die vollstreckbare Ausfertigung nur solchen Urteilen gibt, aus welchen die Zwangsvollstreckung zulässig ist, sagt § 959 ausdrücklich. Es kann daher zunächst als sicher gelten, dass der regelmässige Sprachgebrauch des Entwurfs die Worte „vollstreckbar" und „Vollstreckbarkeit" nur in dem engeren und eigentlichen Sinne verwendet. Indessen wächst doch die Zahl der Unstimmigkeiten gegenüber dem hannoverschen Entwurfe.

Zunächst besteht auch hier die Vorschrift (§ 1354): „Die Erstattung von Prozesskosten kann nur auf Grund eines vollstreckbaren Urteils (§§ 946 ff.) verlangt werden". Es ist also auch hier übersehen, dass rechtskräftige Urteile auch ohne vollstreckbaren Inhalt die Kostenerstattung gewähren müssen. Im weiteren fehlt aber die im hannoverschen Entwurf für vorläufig vollstreckbare Urteile gemachte Ausnahme. Es ist daher anzunehmen, dass auch auf Grund von vorläufig vollstreckbaren Urteilen Kostenerstattung begehrt werden kann. Man muss also jetzt den vorläufig vollstreckbaren Urteilen neben der Wirkung, Grundlage einer Zwangsvollstreckung zu sein, die weitere Wirkung zuschreiben, Grundlage eines Kostenfestsetzungsverfahrens zu sein. Aber man wird noch weiter gehen müssen. Nachdem diese neue Wirkung der Vollstreckbarkeit hinzugetreten ist, besteht auch schon dann ein Interesse an der Vollstreckbarkeitserklärung, wenn es sich nur um den Kostenpunkt handelt auch wenn das Urteil einen sonstigen vollstreckbaren

[1]) Auch das Vollstreckungsgebot findet sich hier noch (§ 999). Dem französischen Recht steht der Entwurf insofern näher, als nach § 1023 alle Endurteile erster Instanz ohne weiteres vorläufig vollstreckbar sind.

Inhalt nicht hat. Daher muss eine solche Vollstreckbarkeitserklärung auch gewährt, aber auf den Kostenpunkt beschränkt werden. Dass die Verfasser des Entwurfs sich diese Sachlage nicht klar gemacht haben, erscheint sicher. Aber damit ist die Konsequenz, welche zugleich dem praktischen Bedürfnisse entspricht, nicht beseitigt. Ein Übelstand bleibt freilich bestehen. Der § 948 hat, da er nach Absicht seiner Verfasser lediglich auf die Zwangsvollstreckung zugeschnitten ist, und wie namentlich Nr. 1, 5 und 7 zeigen, nur solche Urteile im Auge, welche in der Hauptsache zu einer Leistung verurteilen. Hätten seine Verfasser sich klar gemacht, dass nunmehr die vorläufige Vollstreckbarkeit auch für den Kostenpunkt Bedeutung hat, so würden sie sicherlich auch die Kostenerstattung bei den entsprechenden abweisenden Urteilen ermöglicht haben, da das Bedürfnis, in vereinfachter Weise zur Kostenerstattung zu gelangen, wenn man es überhaupt anerkennt, ebenso für den siegreichen Beklagten vorhanden ist, wie für den Kläger. Da dies nun aber übersehen ist, so wird man in den Fällen, in denen nach der Fassung des Entwurfs eine vorläufige Vollstreckbarkeit nur im Falle der Verurteilung gegeben ist, davon absehen müssen, die Entscheidung im Kostenpunkt für vorläufig vollstreckbar zu erklären, sofern eine Verurteilung in der Hauptsache fehlt, während man in den Fällen, wo das nicht der Fall ist (und dazu gehörten damals auch die Klagen, deren Gegenstand den Wert von 300 Mark nicht übersteigt, § 47 Nr. 1) nicht gehindert ist, auch abweisende Urteile im Kostenpunkt für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Es ergibt sich also zunächst: Nach dem preussischen Entwurf hat die Vollstreckbarkeit eines Urteils die weitere Wirkung, dass es Grundlage eines Kostenerstattungsverfahrens sein kann. Um eine Erweiterung des Gebiets der Zwangsvollstreckung handelt es sich aber nicht, und es kann auch die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für Urteile, die lediglich im Kostenpunkte vollstreckbar sind, nicht in Frage kommen. Die Kostenerstattung darf bei korrekter Systematik der Zwangsvollstreckung nicht zugerechnet werden, mochte das französische Recht sie immerhin der exécution par suite d'instance zugeteilt haben.

Eine weitere Unstimmigkeit brachte § 1077: „Der Gerichtsvollzieher hat im Falle eines Widerspruchs des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung von dieser abzusehen, wenn die vollstreckbare Ausfertigung eines Urteils ihm vorgelegt wird, in welchem die Einstellung angeordnet oder die Vollstreckbarkeit für unzulässig erklärt ist". Während nach der allgemeinen Bestimmung des § 959 vollstreckbare Ausfertigungen nur für Urteile vorgesehen sind, „aus welchen die Zwangsvollstreckung zulässig ist", wird hier eine solche Ausfertigung auch für Urteile gewährt, welche die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären oder deren Einstellung anordnen. Ohne Zweifel zwingt auch diese Bestimmung wieder dazu den Kreis der Funktionen der Vollstreckbarkeit zu erweitern. Es handelt sich hier um die Vollstreckungsgegenwirkung. Es ist also anzuerkennen, dass neben der positiven Geeignetheit zur Zwangsvollstreckung hier auch die (negative) Geeignetheit zur Hinderung einer solchen als Vollstreckbarkeit bezeichnet wird. Ein Unterschied ist aber insofern gemacht, als § 1012 für diese Urteile nicht das Vollstreckungsgebot fordert, welches der eigentlichen Zwangsvollstreckung vorausgehen muss (§ 999).

Da der Entwurf auch die Abhängigmachung der vorläufigen Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung kennt (§ 949 Z. 1), ebenso auch die Abwendung der Vollstreckbarkeit durch Sicherheitsleistung, so ergibt sich für die Fälle der Erweiterung der Wirkungen der Vollstreckbarkeit, dass auch diesem Erfordernis Beachtung zu schenken ist. Jene erweiterten Erwirkungen treten erst ein, wenn die Sicherheit geleistet ist. Sie hören auf, wenn die zur Abwendung dienende Sicherheit bestellt ist. Für den besonderen Fall der Kostenerstattung erscheint es allerdings zulässig, den Erstattungsbeschluss ohne Sicherheitsleistung zu erlassen, dann aber die ihm sonst innewohnende sofortige Vollstreckbarkeit von der Sicherheitsleistung abhängig zu machen.

Endlich darf aber, insbesondere mit Rücksicht auf die weitere Entwickelung nicht unerwähnt bleiben, dass der preussische Entwurf in bezug auf die Vollstreckung von Urteilen, welche nicht die Zahlung einer Geldsumme betreffen, die allgemeine Regel aufstellte: „Es findet eine Vollstreckung des Ur-

teils nur in der Art statt, dass der Schuldner dem Gläubiger das an Geld festzusetzende Interesse zu zahlen gezwungen wird" (§ 1032). Die in den §§ 1033—1039 gemachten Ausnahmen (§ 1040 gestattete allerdings dem bürgerlichen Rechte andere Ausnahmen zu machen) betreffen Handlungen im allgemeinen und die Abgabe von Willenserklärungen insbesondere nicht.

Dadurch ist, obwohl im Entwurf der Zwang zur Zahlung des Interesse eine Vollstreckung der zur Handlung oder Willenserklärung verurteilenden Entscheidung genannt wird, doch in Wahrheit die Zwangsvollstreckung in bezug auf solche Entscheidungen ausgeschlossen. Es wäre zweck- und sinnlos gewesen, Verurteilungen zur Vornahme einer Handlung oder Abgabe einer Willenserklärung mit der Vollstreckungsklausel zu versehen oder, da die Interesseforderung doch wohl ein rechtskräftiges Urteil voraussetzte, jedenfalls aber durch die Vollstreckbarkeitserklärung nicht zu stützen war, in der Hauptsache für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Dagegen wäre der weitere Schluss völlig verfehlt, dass mit der Vollstreckbarkeit auch die Möglichkeit der Verurteilung zur Vornahme solcher Handlungen, insbesondere zur Abgabe von Willenserklärungen, aufgehoben wäre. Die privatrechtliche vollgültige Verpflichtung bleibt bestehen, und das genügt, um den Rechtsschutz durch Verurteilung zu begründen, wenn er nicht besonders ausgeschlossen ist. Das ist aber durchaus nicht der Fall, sondern es setzt § 1032 gerade solche, allerdings unvollstreckbare Verurteilungen voraus.

Das Ergebnis ist also: Der preussische Entwurf erweitert das Gebiet der Vollstreckbarkeit durch die Hereinziehung der Kostenentscheidungen und der Vollstreckbarkeit hindernden Entscheidungen. Er verengt es durch den, allerdings nicht ausnahmslosen, Ausschluss der Vollstreckbarkeit bei Verpflichtungen, die nicht auf Geldzahlungen gehen.

Der norddeutsche Entwurf hat die Grundlagen der Zwangsvollstreckung, wie sie im hannoverschen und preussischen Entwurf festgestellt waren, durchaus beibehalten. Von Interesse ist, dass hier zum ersten Male für die Vollstreckungsklausel die Formel „zum Zwecke der Zwangsvollstreckung" vorgeschrieben

wird (§ 901), während der preussische Entwurf von einem „Zeugnisse der Vollstreckbarkeit“ sprach (§ 959) und der hannoversche Entwurf die Formel hatte: „Vorstehende Ausfertigung wird für vollstreckbar erklärt“ (§ 648). Die Verfasser des norddeutschen Entwurfs betrachteten also Vollstreckbarkeit und Geeignetheit zur Zwangsvollstreckung als ganz identisch. Jedenfalls brachte der Entwurf bestimmt zum Ausdruck, dass die Vollstreckungsklausel sich auf das eigentliche Gebiet der Zwangsvollstreckung zu beschränken habe.

Eine weitere Anordnung betrifft die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile. Während der preussische Entwurf eine blosse Vollstreckbarkeitserklärung durch den Vorsitzenden (§§ 971 ff.) und der hannoversche Entwurf (§ 657) die Beifügung der der Vollstreckungsklausel analogen „Genehmigungsklausel“ („der Schuldtitel ist im Inlande vollstreckbar“) durch das Vollstreckungsgericht vorgesehen hatte, verlangt der norddeutsche Entwurf (§ 896 ff.) zum ersten Male ein förmliches Vollstreckungs**urteil**, das in den Formen des Rechtsstreits erwirkt werden muss. Indem er aber den Inhalt des Vollstreckbarkeitsurteils bereits dahin bestimmt, dass die **Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung** auszusprechen sei, zeigt er deutlich, dass der **Inhalt** des Urteils kein anderer sein soll, als der der bisherigen Vollstreckbarkeitserklärung oder Genehmigungsklausel, dass also das Vollstreckungsurteil nur in solchen Fällen zu erlassen ist, in denen bei inländischen Urteilen die Vollstreckungsklausel beigefügt werden kann. Dass es auch noch andere Funktionen habe, oder dass andere Wirkungen eines ausländischen Urteils im Inlande davon abhingen, ist **hier** jedenfalls nicht gesagt, und es gibt auch im norddeutschen Entwurfe keine anderweitige gesetzliche Bestimmung, welche zu diesem Zwecke herangezogen werden könnte. Für Schiedssprüche blieb es dagegen dabei, dass eine Vollstreckbarkeitserklärung, welche das Amtsgericht ohne Gehör des Gegners zu erlassen hat, genüge (§ 1174).

Die wichtigste Neuerung, welche der Norddeutsche Entwurf gebracht hat, ist die Wiederzulassung der Zwangsvollstreckung bei Verurteilungen zu Handlungen und im Zusammenhang damit einerseits die Sonderbestimmung über die Abgabe von Willenserklärungen, andererseits die Spezialregelung der Zwangsvoll-

streckung in Ehesachen. Die Willenserklärungen behandelt § 1059, der Vorläufer des jetzigen § 894 ZPO. Wenngleich diese Bestimmung Vorbilder in Vorschriften des früheren preussischen [1]) und auch ausserpreussischen [2]) Hypothekenrechts hatte, so ist sie für das Prozessrecht als eine Neuschöpfung des Redaktionsausschusses des norddeutschen Entwurfs zu betrachten.

Bei der Beratung im Plenum der Kommission hatte man die §§ 1032—1041 des preussischen Entwurfs von 1864 in zugrunde gelegt, dem einerseits eine solche Bestimmung fremd war, der aber andererseits, wie bereits erwähnt wurde, grundsätzlich überhaupt keine Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen zulassen, sondern dem Gläubiger nur das Geldinteresse gewähren wollte.

In der Sitzung vom 8. März 1870 [3]) hielt der Referent an dem Standpunkte des preussischen Entwurfes auch hinsichtlich der nur dem Schuldner möglichen Handlungen fest und bemerkte dabei, für manche Handlungen dieser Art sei ein direkter Zwang unmöglich, bei anderen, z. B. bei Willenserklärungen, sei er entbehrlich, weil hier die Handlung durch die Rechtskraft des zu derselben verurteilenden Erkenntnisses ersetzt werde, wie sich namentlich im Hypothekenverkehr zeige. Letzteres wurde allgemein als richtig anerkannt. Im übrigen erklärte sich jedoch die Majorität für die Zulassung eines unmittelbaren Zwanges durch Geldbusse und Haft bei Verurteilungen zu einem reinen, nur durch den Schuldner zu bewirkenden facere. Das ist alles, was die gedruckten Kommissionsprotokolle über diesen Punkt enthalten. Der vom 10. März 1870 ab zur Beratung gelangende Redaktionsentwurf brachte nun eine den Beschlüssen entsprechende Fassung [4]). § 1016 verordnet: „Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt, der Gläubiger

---

[1]) § 32 des Ges. v. 24. Mai 1853, § 96 des Ges. v. 21. März 1868 für Neuvorpommern und Rügen.

[2]) Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen S. 5.

[3]) Prot. S. 2063.

[4]) Prot. S. 2170, 71.

befugt, bei dem Prozessgericht erster Instanz zu beantragen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldbussen — oder durch Haft angehalten werde." In § 1019 wird die Pflicht des Gläubigers, im Klagewege sein Interesse zu fordern, gewahrt, und schliesslich in § 1020 bestimmt: „Wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, so gilt die Erklärung für abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat". Dieser Entwurf fand im Plenum Genehmigung[1]), ohne dass zu § 1020 etwas bemerkt wurde. Im Schlussentwurf hat aber § 1020 (nunmehr 1059) noch den Zusatz 2 erhalten: „Die Bestimmung kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung"[2]), worauf demnächst noch zurückzukommen sein wird. Und um das Material ganz vollständig zu bringen, sei noch erwähnt, dass in der Schlusssitzung der Kommission[3]) zu Absatz 1 konstatiert wurde, dass § 818 Abs. 2 hier keine Anwendung finde, aber dieses ausdrücklich im Gesetz zu sagen unnötig sei. § 818 Abs. 2[4]) hatte verordnet, dass die Zwangsvollstreckung grundsätzlich durch die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht gehemmt werde. Da die Wirkung des § 1020 (1059) erst mit der Rechtskraft des Urteils eintritt, welche nach § 818 (844) Abs. 1 erst nach Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde vorlag, so war es allerdings klar, dass die Hemmung oder Nichthemmung der Zwangsvollstreckung durch die Nichtigkeitsbeschwerde für die Handhabung des § 1020 (59) gleichgültig war. Dagegen ergibt sich aus dieser Erörterung allerdings, dass die Kommission nicht daran gedacht hat, den bloss für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen, welche die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung aussprechen, die Wirkung des § 1020 (1059) Abs. 1 oder eine ähnliche Wirkung beizulegen. Denn dann hätte, auch wenn man die Wirkung des § 1020 keineswegs für eine Zwangsvollstreckungswirkung hält, doch die Frage der Hemmung

---

[1]) Prot. S. 2122.

[2]) Vgl. dazu die Verhandlung v. 16. Mai 1870, Prot. S. 2203.

[3]) Prot. S. 2376.

[4]) Prot. S. 1934. Im wesentlichen übereinstimmend mit § 844 Absatz 2—4 des Schlussentwurfs (Prot. S. 2591).

dieser Wirkung durch die Nichtigkeitsbeschwerde aufgeworfen werden müssen.

In bezug auf die Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen für das geltende Zivilprozessrecht sind von namhafter Seite zwei Sätze aufgestellt:

1) Infolge des Ersatzes der Willenserklärung durch das Urteil selbst handelt es sich bei Klagen und Urteilen auf Aufgabe einer Willenserklärung nicht mehr um Leistungsklagen und Leistungsurteile, sondern um Bewirkungsklagen und Bewirkungsurteile [1]).

2) Die Willenserklärung ersetzende Qualität wohnt auch schon nicht rechtskräftigen, aber für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen bei, ebenso auch vollstreckbaren Schuldtiteln, die nicht Urteile sind [2]).

Beide Punkte sind für die hier behandelten Fragen von grösster Bedeutung. Wären die Sätze richtig, so müssten sie schon für den norddeutschen Entwurf gelten, der die dafür in Betracht kommenden Bestimmungen bereits enthält. Jedenfalls muss für ihre Bekämpfung den Ausgangspunkt die Erkenntnis bilden, dass sie im norddeutschen Entwurf nicht schon enthalten sind.

Dass vor der Schöpfung des § 1020 (1059), also beispielsweise nach der hannoverschen Prozessordnung vom 8. November 1850 die Klagen auf Abgabe einer Willenserklärung Leistungsklagen und die dem entsprechenden Verurteilungen Leistungsurteile waren, werden auch die Gegner nicht bestreiten. Unzweifelhaft waren Klage und Verurteilung auf eine Handlung, also Leistung des Gegners gerichtet und die Zwangsvollstreckung würde gemäss § 549 nach den gewöhnlichen Grundsätzen für die Erzwingung einer Handlung vor sich gegangen sein.

---

[1]) So schon Kipp a. a. O. S. 16, in eingehender Begründung L. Seuffert A. 2 c α zu § 253. Entschiedener Widerspruch bei Hellwig, Anspruch und Klagrecht (Bd. 5 der Abh., h. v. O. Fischer) S. 451 ff., und Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 37 f.

[2]) Kipp a. a. O. S. 75 ff. und 86 ff. Ob er die Lehre bezüglich der vorläufig vollstreckbaren Urteile angesichts des neuen § 895 ZPO. aufrecht erhalten will, kann zweifelhaft sein, ist aber hier zunächst gleichgültig.

Wäre der preussische Entwurf von 1864, der jede Zwangsvollstreckung bei Handlungen grundsätzlich ausschliessen und nur das Geldinteresse gewähren wollte, Gesetz geworden, so wäre damit, wie bereits gezeigt wurde, der Charakter von Klage und Urteil auch nicht im allergeringsten geändert worden. Sonst müsste man auch die früheren Verurteilungen zur Eingehung einer Ehe wegen § 888 Abs. 2 ZPO., welcher hier jeden Zwang versagt, ihren kondemnatorischen Charakter absprechen. Das tut aber keiner der Gegner und könnte es auch nicht tun, ohne die Erzwingbarkeit in den Begriff des Rechts zu bringen und dadurch mit der allgemeinen Rechtslehre in einen recht groben Zwiespalt zu geraten.

Nun ist aber der norddeutsche Entwurf bezüglich der Handlungen und Willenserklärungen gar nicht so weit gegangen, wie der preussische Entwurf von 1864. Er statuiert zunächst ausdrücklich den Strafzwang für Handlungen, die ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhängen. Wären die Willenserklärungen von dieser Bestimmung, unter die sie an und für sich doch offenbar fallen, durch positive Bestimmung ausgenommen, so wäre damit nach dem oben Ausgeführten der Charakter der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung nicht geändert. Nun ist aber, was die Gegner völlig übersehen, eine solche Ausnahme gar nicht gemacht. Ein Gesetzesbefehl: „Bei Willenserklärungen findet kein Strafzwang statt" existiert nicht, und auch die Vorarbeiten geben nicht den geringsten Anhalt für die Annahme, dass ein solches Verbotsgesetz beabsichtigt war und nur aus Versehen nicht in den Entwurf gekommen ist. Es ist unzutreffend, dass das Gesetz primär dem Kläger jedes Mittel, die reale Abgabe der Erklärung zu erzwingen, habe entziehen wollen, indem es die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Willenserklärungen gänzlich abschnitt[1]. Die Sachlage ist vielmehr eine ganz andere. Nicht deshalb ist bei Willenserklärungen der Strafzwang ausgeschlossen, weil er direkt verboten ist, sondern weil er infolge der Möglichkeit des Ersatzes der Willenserklärung durch das Urteil entbehrlich erscheint und entbehrlicher Zwang ebensowenig geübt werden

---

[1]) A. M. Kipp a. a. O. S. 29, 63.

soll, wie sonst überflüssiger Rechtsschutz gewährt wird [1]). Das ist keine blosse Wortklauberei, sondern eine sachlich wertvolle Erkenntnis mit wichtigen praktischen und theoretischen Folgerungen. Hat das Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung im Auslande verurteilt, während das entsprechende ausländische Recht dem Ersatz der Erklärung durch das Urteil nicht zulässt, so ist es in keiner Weise ausgeschlossen, das Urteil durch Strafzwang zu vollstrecken. Das leugnet Kipp zu Unrecht. Und es bedarf nicht erst eines Umweges, wie ihn Kipp einschlägt, um mit ihm zu dem Satze zu gelangen, dass Erklärungen auf Wechseln und ähnlichen Papieren durch Strafe erzwungen werden können, weil hier die Ersatzvorschrift die wirkliche Unterschrift nicht zu ersetzen vermag. Also nur so weit reicht der Wegfall des Strafzwangs, als seine praktische Entbehrlichkeit geht. Ob das in jedem Falle schon bei der Urteilsfällung ersichtlich ist, erscheint zweifelhaft, ist aber für den erkennenden Richter gleichgültig, da er in dem einen wie dem anderen Falle dasselbe Urteil zu sprechen hat. Die Frage der Erzwingbarkeit der Verurteilung interessiert noch nicht.

Im weiteren ist aber auch in den Fällen, in denen der Ersatz der Vollstreckung in der Hauptsache durch die Urteilswirkung gegeben ist, noch nicht gesagt, dass damit die Bedeutung des Urteils erschöpft [2]) ist. Es kann durch die nicht rechtzeitige Erfüllung der Verpflichtung ein Schaden entstanden sein, den die nachträgliche Urteilswirkung nicht zu heben vermag und für dessen Geltendmachung das Urteil die rechtskräftige Grundlage bildet, falls nicht etwa Beklagter vor oder nach Erlass des Urteils dem Urteil noch rechtzeitig nachkommt. Der Erfüllung des noch nicht rechtskräftigen Urteils den Charakter der Unterwerfung unter den nicht scheinbaren [3]) sondern durchaus wahren und wirklichen Urteils-

---

[1]) Das zweite Urteil über dasselbe Begehren ist nicht deshalb zu versagen, weil das Begehren durch das erste Urteil konsumiert ist, sondern lediglich, weil es überflüssig ist. Ist das erste Urteil verloren und nicht wiederherzustellen, so ist, trotzdem seine Fällung feststeht, das zweite Urteil nicht zu versagen.

[2]) So meint Kipp S. 29.

[3]) So L. Seuffert A. 2 zu § 253 ZPO.

befehl abzusprechen, ist willkürlich. Und der Vergleich eines solchen Urteils mit der in Feststellungsurteilen missbräuchlich gewählten Fassung: „Der Beklagte wird verurteilt anzuerkennen“ ist deshalb unrichtig, weil es im letzteren Falle an der privatrechtlichen Verpflichtung zur Anerkennung durchaus fehlt, während im ersteren Falle die privatrechtliche Verpflichtung zur persönlichen Abgabe der Erklärung besteht. Daher ist es auch unzutreffend, wenn Seuffert bemerkt: „Das Urteil könnte gerade so gut lauten: die von dem Kläger beanspruchte Willenserklärung gilt als abgegeben“. Eine solche Urteilsfassung wäre vielmehr gesetzwidrig und müsste auch noch in der Revisionsinstanz beseitigt werden. Denn die in dem Urteil auszudrückende Verurteilung ist weder scheinbar [1]) noch blosse Form.

Im Zusammenhang damit ist auch der Behauptung zu widersprechen, dass das Urteil, welches die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ausspricht, soweit seine Ersatzfunktion reicht, sich zugleich als ein Akt der Zwangsvollstreckung qualifiziere, dass die Zwangsvollstreckung hier in dem Urteile enthalten sei [2]), und dass es sich gleichsam um eine unsichtbare Zwangsvollstreckung handle. Damit werden die begrifflichen und prozessualisch bestimmt in die Erscheinung gelangenden Grenzen zwischen Rechtsstreit und Urteilswirkungen einerseits Zwangsvollstreckung und Vollstreckungseffekt andererseits so heillos durcheinander geworfen, dass unser ganzes Prozessrechtssystem über den Haufen fallen würde, wenn dieser Satz zutreffend wäre. Nicht durch Zwangsvollstreckung und nach dem Rechtsstreit wird die Ersatzwirkung hergestellt, sondern durch das Urteil selbst und schon im Rechtsstreit, den wir bis zum Eintritt der Rechtskraft fortzudenken haben. Es ist daher eine Urteilswirkung und nicht eine Wirkung der noch gar nicht begonnenen, und insoweit auch ausgeschlossenen Zwangsvollstreckung.

Die hier bekämpfte Vorstellung hat dann auch Kipp zu dem im zweiten Satze aufgestellten Irrtum geführt, mit dem er aber

---

[1]) Gegen Kipp. S. 15.

[2]) Kipp S. 30, 31.

weniger Beifall gefunden hat, zu der Annahme, dass die Ersatzfunktion auch anderen vollstreckbaren Schuldtiteln wie rechtskräftigen Urteilen innewohne, also sowohl Vergleichen und vollstreckbaren Urkunden, wie auch nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen. Beides ist schon für den norddeutschen Entwurf unzutreffend, da tatbestandsmässig die Rechtskraft Voraussetzung dieser Wirkung ist. Nur wenn man, was aber nicht angeht, gerichtlichen Vergleichen nicht bloss prozesserledigende Kraft, sondern direkt die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zuschriebe, könnte man sie insoweit den Urteilen gleichsetzen. Keineswegs aber geht es an, bloss vorläufig vollstreckbare Urteile den rechtskräftigen gleichzustellen, da man sich über das gesetzliche Erfordernis der Rechtskraft direkt hinwegsetzen und zudem etwas als Wirkung der Vollstreckbarkeit hinstellen würde, was gar nicht zur Zwangsvollstreckung gehört. Dieser Auslegung des Gesetzes entspricht auch die bereits nachgewiesene, zum Ausdruck gelangte Absicht der Kommission.

Damit ist aber die Frage, ob Urteile, die zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilen, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, und welche Wirkung eine solche Erklärung hat, noch nicht erledigt. Vom Standpunkte des norddeutschen Entwurfs sehe ich an sich kein Hindernis, solche Urteile für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Nur wenn eine solche Erklärung für rechtlich vollkommen unwirksam anzusehen wäre, müsste sie unterbleiben. Als mögliche Wirkung bliebe nur die, dass der Verurteilte im Wege der Zwangsvollstreckung zur persönlichen Abgabe der Willenserklärung angehalten würde. Und dieses kann man annehmen, da § 1016 (1055) des Entwurfs durchaus auf den Fall passt und die Entbehrlichkeit infolge des § 1020 (1059) in diesem Falle nicht vorliegt. Die allgemeine Kommissionsbemerkung, dass der Zwang bei Willenserklärungen entbehrlich sei, kann, abgesehen davon, dass sie nicht Gesetz ist, dieses Ergebnis um so weniger beseitigen, als sie ausdrücklich als Grund hinzufügt, weil die Handlung durch die Rechtskraft des Urteils ersetzt werde, und dieser Grund hier nicht zutrifft, folglich jene Bemerkung auf diesen Fall nicht gemünzt ist. Zuzugeben ist die mangelnde Eleganz dieses Ergebnisses. Aber wer es um dessentwillen aufgeben zu müssen glaubt, dem

erübrigt nur die Wirkungslosigkeit der Vollstreckbarkeitserklärung in diesem Falle und damit deren Unzulässigkeit zu folgern.

Bezüglich der Vollstreckung von Urteilen in Ehesachen hatte, wie schon bemerkt wurde, der § 1020 Abs. 2 die Ersatzfunktion des Urteils ausgeschlossen, weil die Kommission darüber im Prinzip einig war, dass davon in Ehesachen nicht die Rede sein könne. Die weitere Frage, ob überhaupt ein Zwang in Ehesachen zulässig sei, wollte man dem materiellen Eherechte überlassen[1]). Man gab aber gleichwohl Bestimmungen über die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, welche für den hier verfolgten Zweck vom höchsten Interesse sind[2]).

§ 1108 besagte: „In Ehesachen kann das Endurteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. — Aus dem in der Berufungsinstanz erlassenen Endurteile ist vor eingetretener Rechtskraft ein weiteres Verfahren, insbesondere die Zwangsvollstreckung nicht zulässig".

Der norddeutsche Entwurf ging also davon aus, dass in Ehesachen eine eigentliche Zwangsvollstreckung im engeren Sinne zulässig sei und gab nur für diesen Fall seine Bestimmungen. Er verfügt nun, dass in Ehesachen die Zwangsvollstreckung unter allen Umständen von der Rechtskraft abhängig sein solle. Damit steht es dann durchaus im Einklang, dass die Erklärung vorläufiger Vollstreckbarkeit in Ehesachen verboten wird. Den Charakter einer „Unstimmigkeit" hat diese Bestimmung an ihrer ursprünglichen Stelle also keineswegs.

Das Ergebnis für den norddeutschen Entwurf ist also: Die grundsätzliche Auffassung der Vollstreckbarkeit blieb unverändert. Die Erweiterungen hinsichtlich der Kostenfestsetzung und der Vollstreckungshinderung sind übernommen. Verurteilungen zur Vornahme von Handlungen sind aber im allgemeinen vollstreckbar, in Ehesachen allerdings erst nach Eintritt der Rechtskraft. Bei rechtskräftigen Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen entfällt die Vollstreckbarkeit, soweit sie durch die Ersatzfunktion des rechtskräftigen Urteils entbehrlich wird.

---

[1]) Prot. S. 2203.

[2]) Prot. S. 2207.

Sehr gering sind die Änderungen, welche der preussische Justizministerialentwurf von 1871 in unserer Frage gebracht hat. Dass die Motive (S. 286) hinsichtlich der Kostenerstattung von rechtskräftigen Urteilen oder anderen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titeln sprechen und in letzterer Beziehung lediglich den § 616 zitieren, welcher die Titel aufzählt, welche nicht Urteile sind, also anscheinend die vorläufig vollstreckbaren Urteile nicht als Grundlage für die Kostenfestsetzung zulassen wollen, beruht offenbar auf einem Versehen und könnte jedenfalls gegenüber dem klaren Gesetzestext nicht in Betracht kommen.

§ 695 versagt die Zwangsvollstreckung für die Verurteilung zur Eingehung einer Ehe. Diese Verurteilungen erfolgten im gewöhnlichen Verfahren. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in Ehesachen wurde damit nicht berührt und es war daher die beibehaltene Vorschrift in § 568 Abs. 2 „Urteile in Ehesachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden“ völlig gerechtfertigt.

Ferner ist noch auf § 669 hinzuweisen: „Welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, und wie die Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen“. Eine bestimmte Stellung zu der Zwangshypothek, deren Voraussetzungen und Charakter ist damit nicht gegeben, so dass also auch dieser Satz für eine Ausdehnung des Begriffs der Vollstreckbarkeit durch diesen Entwurf nicht in Frage kommt.

Endlich ist der Kreis der vollstreckbaren Urteile, welche nur vollstreckungshindernden Inhalt haben, durch § 572 Nr. 5: „Urteile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden“, erweitert. Gerechtfertigt wird die Vorschrift in den Motiven zu § 724 mit dem Bedürfnis nach einem vollständigen Schutz der Schuldner gegen die Nachteile antizipierter Zwangsvollstreckung und dem Hinweis auf andere Prozessordnungen, namentlich die württembergische, welche eine sofort vollstreckbare Aufhebung des Arrestes kenne.

Dieser Entwurf hat also sicherlich den grossen Schritt von

der ursprünglichen engen und eigentlichen Auffassung der Vollstreckbarkeit zu ihrer Erstreckung auf die gesamten realen Urteilswirkungen nicht getan.

Aber auch die geringen Veränderungen, welche die Reichstagsvorlage in dieser Materie gegenüber dem Justizministerialentwurf aufweist, können für eine derartige bedeutsame Fortentwickelung nicht in Betracht kommen.

Während noch der Justizministerialentwurf für Schiedssprüche die Vollstreckbarmachung durch einfache Erteilung der Klausel vorsah (§ 778), verlangt die Reichstagsvorlage wie bei ausländischen Urteilen den Erlass eines Vollstreckungsurteils (§ 809). Da aber dieses Urteil nur die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung konstatieren soll, so hat die Änderung ebensowenig grundsätzliche Bedeutung, wie die entsprechende Änderung des norddeutschen Entwurfs für die ausländischen Urteile. Die Annahme des Reichsgerichts, dass damit eine allgemeine gerichtliche Bestätigung der Schiedssprüche, die nach § 807 unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils an und für sich und ohne jede Bestätigung haben, eingeführt sei, ist offenbar unrichtig. Und der Ausspruch von Kisch[1]: „Der Schiedsspruch ist an und für sich reiner Privatakt, der für den Prozess zunächst nur negative Bedeutung hat, indem er eine nochmalige Verhandlung und Entscheidung über die erledigte Streitfrage ausschliesst. Dagegen besitzt er nicht die positive Fähigkeit, Grundlage für die staatliche Ergänzung der festgestellten Ansprüche zu sein. Vielmehr muss ihm eine solche Eigenschaft erst durch staatlichen Akt verliehen sein", scheitert in seiner Allgemeinheit an dem Gesetz, welches eben nur für die eigentliche Zwangsvollstreckung das Vollstreckungsurteil als Ersatz der Klausel fordert, im übrigen aber schon dem Schiedsspruch dieselbe Rechtskraft beilegt, wie dem staatlichen Urteil mit der einzigen wohlbegründeten Massnahme, dass die auch bei staatlichen Urteilen nur ganz ausnahmsweise eintretende[2]) Rechtskraft für und gegen Dritte hier ent-

[1]) Beiträge zur Urteilslehre S. 163.

[2]) O. Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft, Iherings Jahrb. 40 S. 151.

fällt. Bezüglich der Zwangsvollstreckung bei einer Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens ist bestimmt, dass der Zwang davon abhängig sei, dass die Landesgesetze die Erzwingung der Herstellung für zulässig erklären (§ 720). Das Verbot vorläufiger Vollstreckbarkeit für Ehesachen behält also seinen guten Sinn.

Es handelt sich also, was die ZPO. in ihrer ursprünglichen Gestalt betrifft, nur noch um die Änderungen, welche der Reichstag beschlossen hat.

Ohne besondere Bedeutung für unsere Frage sind die Umgestaltungen, welche die speziellen Bestimmungen über vorläufige Vollstreckbarkeit in §§ 648 (neue Zählung 708) ff. gegenüber den §§ 601 ff. der Reichstagsvorlage erfahren haben, obwohl in diesem Punkte der Bundesrat, und zwar mit teilweisem Erfolg, Veranlassung genommen hat, auf Erhaltung der ursprünglichen Vorlage hinzuwirken. Nach der Reichstagsvorlage (§ 601 Nr. 1) sollten alle Urteile der Amtsgerichte ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Wäre das Gesetz geworden, so hätten auch alle abweisenden und bloss feststellenden Urteile der Amtsgerichte im Kostenpunkt für vollstreckbar erklärt werden müssen. Nun ist aber diese einfache Bestimmung durch die kompliziertere des § 649 (709) ersetzt worden, welche im Anschluss an den § 23 des GVG. die meisten zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Urteile auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären gestattet, aber gewisse dieser Sachen durch Übergehen ausnimmt.

Dabei ist zu Nr. 1 bis 3 das Wort „Streitigkeiten" gebraucht, so dass dem Wortlaut nach sowohl verurteilende wie abweisende Urteile getroffen sind. Dagegen hat man zu Nr. 4 die Fassung gewählt: „andere vermögensrechtliche Ansprüche, sofern der Gegenstand der Verurteilung . . . . 300 Mark nicht übersteigt". Der Grund dieser Abweichung ist folgender. Bei der Revision der 2. Lesung der Kommission war zunächst ein Antrag Struckmann angenommen: „Klagen über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summen um 150 Mark nicht übersteigt" [1]). Auch diese hätte

[1]) Prot. S. 731.

dem Wortlaute nach auf verurteilende wie auf abweisende Urteile gepasst. 14 Tage später [1]) beschloss die Kommission auf Anregung der Redaktionskommission, diesen Satz dahin zu interpretieren, dass nicht die Zeit der Klage, sondern die Zeit des Urteils für die Höhe der Streitsumme, nach welcher sich die vorläufige Vollstreckbarkeit der amtsgerichtlichen Urteile bemesse, entscheidend sei. Auch durch diesen Beschluss wurde die Lage in der Hauptsache nicht geändert. Auch die Abweisung mit 300 Mark hätte nach dem Wortlaute die vorläufige Vollstreckbarkeit begründet.

Nun hat aber die Redaktionskommission auf Grund dieses Beschlusses eine Fassung gewählt, welche das verhängnisvolle Wort Verurteilung hineinbrachte. Zu irgendeiner sachlichen Änderung war die Redaktionskommission nicht befugt, und eine solche hat sie auch gar nicht beabsichtigt. In der Hauptsache ist auch eine solche gar nicht erfolgt. Denn wenn man mit dem hier Ausgeführten davon ausgeht, dass eine Vollstreckbarkeitserklärung für abweisende Urteile in der Hauptsache sinnlos ist und daher niemals erfolgen kann, so war es für die Hauptsache in der Tat ganz gleichgültig, ob eine allgemeine oder eine auf verurteilende Entscheidungen beschränkte Fassung gewählt wurde. Die Redaktionskommission hat aber nicht bedacht, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkte in allen Fällen davon abhängt, dass das Urteil nach seinem Hauptcharakter die Erklärung für vorläufig vollstreckbar gestattet, und dass deshalb die Möglichkeit, abweisende Urteile im Kostenpunkt für vorläufig vollstreckbar zu erklären, welche zu Nr. 1 bis 3 unbestritten vorhanden ist, durch diese Fassung für 4 in Frage gestellt wurde. Es ist zweifellos, dass die Redaktionskommission, wenn sie sich dieses vor Augen gehalten hätte, eine andere, die Vollstreckbarkeit entsprechender abweisender Urteile im Kostenpunkt ermöglichende Fassung gewählt hätte. Das dürfte aber zur korrektiven Auslegung noch nicht genügen. Wohl aber könnte dazu die Erwägung Veranlassung geben, dass es vollkommen sinn- und zwecklos ist, hinsichtlich der Vollstreckbarkeitserklärung abweisender Ur-

[1]) Protokolle z. GVG. S. 679.

teile zwischen § 649 Nr. 1 bis 3 einerseits und Nr. 4 andererseits einen Unterschied zu machen, und dass die vorläufige Vollstreckbarkeit zu Nr. 4 einem dringenden Bedürfnisse entspricht. Dann könnte man die einem blossen Redaktionsversehen entsprungenen Worte „der Verurteilung" durch die sachlich zutreffenden Worte „des Urteils" oder „der Aburteilung" ersetzen. Indessen wie man sich in diesem Punkte auch entscheiden mag, die Stellung der ZPO. von 1877 zu unserer Frage wird dadurch nicht berührt.

Wichtiger sind dagegen zwei andere Änderungen, welche die Vollstreckung der Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen betreffen bzw. mit dieser im Zusammenhang stehen.

Grundsätzlich hat die ZPO. an dem früher näher dargelegten Standpunkte des norddeutschen Entwurfes festgehalten, nach welchem das rechtskräftige Urteil die Willenserklärung ersetzt und insoweit die Zwangsvollstreckung überflüssig wird und die Vollstreckbarkeit wegfällt. Nun entstand aber bei der Beratung die praktisch sehr wichtige Frage, wie es gehalten werden solle, wenn nach dem Urteile die Willenserklärung noch von einer Gegenleistung, insbesondere der Zahlung einer Geldsumme, oder auch vielleicht der Übergabe eines Grundstücks, oder auch der Abgabe einer Willenserklärung von der Gegenseite, abhängig sei. Die erste Lesung hatte Abhilfe geschaffen durch folgenden Abs. 3 des § 725: „Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung erst dann ein, wenn die Gegenleistung oder deren Sicherstellung dem Gerichte durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen ist".

Auch wenn diese Fassung Gesetz geworden wäre, hätte eine nicht unerhebliche Änderung des Rechtszustandes insofern stattgefunden, als der Zeitpunkt des Eintritts der Ersatzfunktion des Urteils hinausgeschoben war.

Bei der Revision der zweiten Lesung wurde dieser Abs. 3 als Satz 2 zu Abs. 1 gestellt und hatte nun die demnächst Gesetz gewordene Fassung erhalten: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 614, 615a eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist".

Die Fassung entstammt einem Antrag Thilo[1]), der, wie in der Kommission dargelegt und gebilligt wurde, bezweckte festzustellen, unter welchen prozessualen Voraussetzungen auch die von einer Gegenleistung abhängige Willenserklärung in vim executionis als abgegeben gelte. Man konstatierte auch, dass mit dieser Fassung der Zeitpunkt des Eintritts der Ersatzfunktion von dem Tage der Rechtskraft auf den Tag der Erteilung der Vollstreckungsklausel hinausgeschoben sei. Dieser in letzter Stunde gefasste Beschluss trägt die Spuren der Übereilung in doppelter Hinsicht an sich. Zunächst wurde ganz offenbar übersehen, dass der § 614 des Entwurfs (§ 664 der alten ZPO.) gar nicht auf solche Verurteilungen zur Abgabe einer Willenserklärung passt, welche von einer Gegenleistung Zug um Zug abhängig waren. Denn er hatte Urteile im Auge, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer Tatsache abhängt. Dazu gehörten aber Zug um Zug Verpflichtungen nach damaligem Privatrecht sowenig wie nach dem heutigen. Es war also notwendig, die Bezugnahme auf § 624 im Wege der korrektiven Auslegung dahin festzustellen, dass, obwohl bei Urteilen, die Zug um Zug Verpflichtungen betreffen, sonst die vollstreckbare Aussetzung ohne weiteres zu geben ist, solche bei Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung nur gegen den Nachweis der Vorleistung gegeben werden dürfe, ein sachlich äusserst unbefriedigendes, aber kaum vermeidliches Ergebnis. Sodann aber war dadurch die Ineleganz eingetreten, dass, während bisher alle Entwürfe und auch die in zweiter Lesung der Kommission festgestellte Fassung daran festgehalten hatten, dass eine vollstreckbare Ausfertigung nur zum Zwecke der Zwangsvollstreckung und daher auch nur bei Urteilen mit zur Zwangsvollstreckung geeignetem Inhalt zu erteilen war, hier eine solche in einem Falle gegeben wurde, in welchem die Zwangsvollstreckung entbehrlich war und dadurch unzulässig wurde. Sie ist hier für einen Einzelfall über ihre eigentliche Bestimmung und über den Rahmen der wirklichen Vollstreckbarkeit hinaus auf einen

[1]) Prot. S. 720.

heterogenen Fall angewendet worden. Die Zahl der „Unstimmigkeiten“ ist durch die endgültige Fassung der ZPO. zweifellos um eine vermehrt worden. Aber genügt das, um den bisher zweifelsfrei gefundenen Begriff der Vollstreckbarkeit aufzugeben oder neben ihn einen zweiten weiteren zu stellen? Ich meine nicht. Es ergab sich früher, dass die Vollstreckbarkeitserklärung für einzelne Fälle eine über das eigentliche Gebiet der Zwangsvollstreckung hinausgehende Erweiterung erfahren hat. Hier ist das gleiche für die Vollstreckungsklausel hinsichtlich eines vereinzelten Falles zu konstatieren. Die Grundbedeutung wird aber dadurch nicht geändert.

Endlich entsteht noch die Frage, ob durch die ZPO. von 1877 Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden konnten. Ich habe sie für den norddeutschen Entwurf mit Kipp bejaht, habe dann aber, gegen Kipp, dem vorläufigen Vollstreckbarkeitsurteil die Ersatzfunktion versagt, aber reale Vollstreckung aus ihm zugelassen.

Bei der Frage, ob dieses Ergebnis für die ZPO. von 1877 zu übernehmen, muss eine Neuerung gewürdigt werden, über welche auch Kipp sich eingehend ausgelassen hat [1]). Die Reichstagskommission hat bereits in erster Lesung den § 609a (§ 658 der alten ZPO.) neu eingefügt, welcher bestimmt: „Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nur in der Weise vollzogen werden, dass die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung, Protestation, arrestatorische Verfügung, Dispositionsbeschränkung usw.) erfolgt“. Zunächst ist hier für Urteile, welche den Beklagten verurteilen, eine Eintragung im Grundbuche zu bewirken, die vorläufige Vollstreckbarkeit ausdrücklich anerkannt. Sodann ist aber die Wirkung der vorläufigen Vollstreckbarkeit gegenüber der endgültigen Vollstreckbarkeit dahin herabgemindert, dass nicht die Eintragung selbst, welche den Inhalt des Urteils bildet, sondern nur ein diese Eintragung sichernder Vermerk im Grundbuch aufgenommen werden darf.

---

[1]) a. a. O. S. 77 ff.

Man könnte auch fragen, ob hier nicht der Vollzug der Eintragung durch das Grundbuchamt als Zwangsvollstreckungsmassregel anerkannt sei. Indessen dürfte davon hier noch nicht die Rede sein. Vielmehr ist diese Frage, ebenso wie bei der bereits erwähnten Judikats- oder Zwangshypothek ganz dem Landrecht überlassen, das seinerseits bestimmen konnte, ob das Grundbuchamt insoweit als Zwangsvollstreckungsorgan zu betrachten sei oder nicht.

An und für sich ist also § 609 a (658) nicht geeignet, auf die Grundauffassung der Vollstreckbarkeit in der ZPO. modifizierend einzuwirken. Es fragt sich aber, ob er nicht bezüglich der Frage, ob und in welcher Weise Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen vorläufig vollstreckbar sein könnten, einen Einfluss haben muss. Einen allgemeinen Einfluss wird man ihm nicht beimessen können. Freilich liegt in der Verurteilung zur Bewirkung einer Eintragung im Grundbuche auch die Verurteilung zur Abgabe der dazu erforderlichen Willenserklärungen, und diese Verurteilung wird mit für vorläufig vollstreckbar erklärt. Man wird auch vielleicht in analoger Anwendung des § 725 (§ 779) annehmen können, dass in diesem Falle die vorläufig vollstreckbare Verurteilung zur Abgabe der erforderlichen Eintragungsbewilligungen soweit ersetze, als die Bewilligung zur Eintragung eines Sicherungsvermerks ersetzt wird. Übrigens ist aber die Anwendung der §§ 719, 720 (773, 774 der alten ZPO.) zur Erzwingung des Sicherungsvermerks mittelst Strafen keineswegs ausgeschlossen, wenigstens soweit nicht, als die blosse Ersatzfunktion des Urteils nicht zum Ziele führt. Damit ist aber für die allgemeine Frage der Vollstreckbarkeit und Vollstreckbarkeitserklärung der Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen nichts entschieden. Es kann weder daraus, dass in diesem Falle die vorläufige Vollstreckbarkeit zugelassen ist, zwingend gefolgert werden, dass sie allgemein für die Abgabe von Willenserklärungen zugelassen sei, da es sich hier keineswegs allein und direkt um Willenserklärungen handelt, noch kann umgekehrt aus der Zulassung in diesem Falle auf die Nichtzulassung in anderen Fällen geschlossen werden.

Es muss vielmehr bei dem früher aus allgemeinen Gründen

gefundenen, auch von Kipp angenommenen Ergebnis verbleiben, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit bei Verurteilungen zu Willenserklärungen zulässig ist.

Aber auch für die weitere Frage, ob und wie nun eine solche vorläufig vollstreckbare Willenserteilung wirksam werde, trägt § 609 a (658) nichts bei, da er einerseits nichts Bestimmtes sagt und andererseits einen ganz eigenartigen Fall betrifft. Ich glaube deshalb gegen Kipp bei der früher entwickelten Meinung stehen bleiben zu müssen, dass nicht die Ersatzfunktion eintritt, sondern die Erzwingung nach den allgemeinen Vorschriften der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen. Indessen ist diese Differenz für die hier behandelte Hauptfrage um so mehr belanglos, als ein Fall, in dem die Vollstreckungsklausel lediglich zur Herstellung der Ersatzfunktion zu geben war, doch bereits vorliegt.

Aus der besprochenen Neuerung, dass bei inländischen Urteilen, welche zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilen, die von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, die Ersatzfunktion an die Vollstreckungsklausel für das rechtskräftige Urteil geknüpft ist, muss zugleich eine neue Folgerung für ausländische Urteile gezogen werden. Da für diese direkt eine Vollstreckungsklausel nicht zu erhalten ist, sondern nur für das auf Grund eines solchen erlassene Vollstreckungsurteil, so ergibt sich in diesem Falle die Notwendigkeit, diese heterogene Funktion der Vollstreckungsklausel auf das Vollstreckungsurteil auszudehnen. Dass in diesem Falle das Urteil auf Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung gestellt wird, ist freilich gerade so ungenau, als wenn die Vollstreckungsklausel bei inländischen Urteilen auch in diesem Falle die vorgeschriebene Fassung: „zum Zwecke der Zwangsvollstreckung“ erhält. Dagegen muss es im Normalfalle der Verurteilung zu einer Willenserklärung in einem ausländischen Urteil für die Ersatzfunktion durchaus genügen, dass das ausländische Urteil rechtskräftig geworden und dass es nach inländischem Recht im allgemeinen anzuerkennen ist. Die Anerkennungsbedingungen sind freilich in der ZPO. von 1877 ausdrücklich noch nicht geordnet, und man musste bei ihrer Entwickelung die Gründe, aus denen nach § 661 Abs. 2 ein Vollstreckungs-

urteil nicht zu erlassen ist, analog mit verwerten. Der Erlass des Vollstreckungsurteils selbst ist aber nicht erforderlich. Das Vorhandensein der Anerkennungsvoraussetzungen ist von derjenigen inländischen Stelle zu prüfen, bei welcher von der durch das ausländische Urteil ohne weiteres eintretenden Ersatzfunktion Gebrauch gemacht werden soll. Will oder kann diese Stelle in die Prüfung nicht eintreten, so erübrigt nur der Weg der Anstellung einer entsprechenden Feststellungsklage im Inlande. Es ist aber festzuhalten, dass die Wirkung nicht erst aus dem inländischen Feststellungsurteil, sondern schon mit der Rechtskraft des ausländischen Urteils eintritt.

Die Funktion des inländischen Urteils als Grundlage eines Kostenerstattungsverfahrens ist nach § 104 Abs. 1 ZPO. daran geknüpft, dass es ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter, d. h. vollstreckbarer, Titel ist. Das ist nun das ausländische Urteil offenbar nicht, und folglich ist es keine geeignete Grundlage für ein inländisches Kostenerstattungsverfahren. Aber man wird auch schon aus einem anderen Grunde die Anknüpfung eines inländischen Kostenerstattungsverfahrens an ein ausländisches Verfahren ablehnen müssen. Das Kostenerstattungsverfahren ist ein Annexum des betreffenden inländischen Verfahrens, in welchem der Titel entstanden ist. Es kann daher namentlich auch bei vollstreckbaren inländischen Urkunden nicht in Frage kommen. Man wird daher die Ergänzung eines ausländischen Urteils hinsichtlich des Betrages der darin zuerkannten Kosten dem betreffenden ausländischen Gerichte überlassen müssen. Liesse man einen inländischen Kostenfestsetzungsbeschluss auf Grund eines ausländischen Urteils zu, so würde man, da der Beschluss ohne weiteres vollstreckbar sein würde (§ 794 Nr. 3 und § 105 Abs. 4 ZPO.), dazu kommen, aus einem ausländischen Urteil eine Zwangsvollstreckung ohne Vermittelung des inländischen Vollstreckungsurteils zuzulassen, was dem § 722 direkt widersprechen würde.

Dagegen wird man auf Grund der ZPO. noch einen weiteren, freilich praktisch ziemlich bedeutungslosen Fall der Zulässigkeit des Vollstreckbarkeitsurteils anerkennen müssen, in welchem es sich nicht um Zwangsvollstreckung handelt. Wenn zur Aufhebung der Hinderung einer inländischen Zwangsvoll-

streckung nach dem Gesetz eine vollstreckbare Entscheidung nötig ist, so kann dazu das ausländische Urteil an sich nicht genügen. Es muss vielleicht das inländische Vollstreckungsurteil hinzukommen, das freilich in diesem Falle unmöglich auf Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, wie es § 722 will, lauten kann, sondern die Fassung: das ausländische Urteil ist vollstreckbar, wählen muss.

Damit sind aber die Erweiterungen des Vollstreckungsurteils, zu denen die ZPO. selbst Veranlassung bietet, abgeschlossen.

Ausserdem hat nun die ZPO. das Vollstreckungsurteil für Schiedssprüche neu geregelt. Bezüglich der auf Grund von Schiedssprüchen noch zu suchenden Vollstreckungsurteile liegt die Sache gerade so. Hier hat die ZPO. die bereits erwähnte positive Bestimmung, dass sie unter den Parteien die Wirkungen rechtskräftiger gerichtlicher Urteile haben. Dass sie dazu der gerichtlichen Bestätigung bedürfen, ist nirgends gesagt. Ja eine solche allgemeine gerichtliche Bestätigung ist nicht einmal vorgesehen, sondern nur das Verfahren auf Aufhebung des Schiedsspruchs. Um dieses handelt es sich aber hier nicht, vielmehr nur um die Grenzen des Vollstreckungsurteils. Und da wird auch hier daran festgehalten werden müssen, dass es sich grundsätzlich nur um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung handelt, dass man aber die Ausdehnung auf Zwangsvollstreckungsgegenurteile und Verurteilungen zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung zulassen muss. Ein Kostenerstattungsverfahren kann sich auch an den Schiedsspruch nicht anschliessen.

Da die ZPO. von 1877 über 20 Jahre geltendes Recht gewesen ist, so wird es sich empfehlen, hier für diese zusammenfassend das bisher Erörterte festzustellen.

In der hannoverschen Prozessordnung wurde der Begriff Vollstreckbarkeit (einschliesslich der Vollziehung von Arresten und einstweiligen Verfügungen) ganz streng lediglich im Sinne von zur Zwangsvollstreckung geeignet gebraucht. Das Gesetz kannte keinerlei Erweiterungen oder Widersprüche in dieser Beziehung. Die Durchforschung sämtlicher für die ZPO. in Betracht kommenden Entwürfe und der ZPO. selbst hat nicht ergeben, dass grundsätzlich von diesem Ausgangspunkte

abgewichen ist. Insbesondere kann daraus, dass in den Bestimmungen über vorläufige Vollstreckbarkeit nicht überall ausdrücklich ein vollstreckbarer Inhalt gefordert wird, nicht gefolgert werden, dass ein solcher nicht sowohl für die Erklärung als vorläufig vollstreckbar in der Hauptsache, wie für Vollstreckungsklausel und Vollstreckungsurteil grundsätzlich erforderlich sei. Das Verbot der vorläufigen Vollstreckbarkeit in Ehesachen kann um so weniger hiergegen in Betracht kommen, als es nicht nur für den Kostenpunkt, sondern auch für Verurteilungen zur Herstellung des ehelichen Lebens auch in der Hauptsache seinen guten Sinn hat.

Als Erweiterungen sind zu verzeichnen:

1) Die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkt als Grundlage eines Kostenfestsetzungsverfahrens.

2) Die Vollstreckbarkeit der Entscheidungen, welche die Zwangsvollstrecknng (einschliesslich der Vollziehung von Arresten und einstweiligen Verfügungen) aufheben oder hindern.

3) Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für Urteile, welche zur Abgabe von Willenserklärungen verurteilen, die im Urteil von einer Gegenleistung abhängig gemacht sind.

Weiter kann eine unbefangene und exakte Gesetzesauslegung nicht gehen. Diese Erstreckungen können aber offenbar nicht genügen, um der ZPO. von 1877 einen weiteren, sämtliche realen Urteilswirkungen auch bei nicht kondemnatorischen Urteilen umfassenden Begriff der Vollstreckbarkeit unterzulegen. Ein solcher Sinn war weder von den Verfassern der Gesetzgebungsarbeiten beabsichtigt, noch — und das ist allein entscheidend — nötigen die vorliegenden Gesetzesbefehle zu einer solchen Annahme.

Das Gesetz vom 21. Juli 1879 (§§ 2, 5, 10) hat dann noch im Anschluss an das preussische Gesetz vom 9. Mai 1855 die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels zur Voraussetzung einer Anfechtung nachteiliger Rechtshandlungen des Schuldners gemacht. Es liegt darin keine Veränderung des Begriffes der Vollstreckbarkeit, wohl aber eine Erweiterung der Wirkungen, welche freilich, da die Anfechtung dem Schutze der Zwangsvollstreckung dient, mit dieser im nächsten Zusammenhange steht. Nicht ohne Interesse ist die dabei getroffene Anordnung, dass

die Vollstreckung des auf einen nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitel gegründeten Anfechtungsurteils von dem Eintritt der Rechtskraft des Schuldtitels abhängig gemacht werden muss.

Es kommt aber nun noch in Frage, ob die mit dem 1. Januar 1900 anlässlich des Inkrafttretens des BGB. getroffenen gesetzlichen Änderungen und Neuerungen unsere Frage beeinflusst haben.

Eigentlich können in diesen Beziehungen nur die Änderungen der ZPO. selbst massgebend sein. Denn wenn anderen Gesetzen ein neuer anderer Begriff der Vollstreckbarkeit eigen sein sollte, so wäre damit noch nicht erwiesen, dass dieser Sinn auch von der ZPO. angenommen sei. Andernfalls würde man ja auch genötigt sein, den klaren und brauchbaren Sinn, den die ZPO. (§§ 146, 278 n. F.) mit dem Worte „Einrede" verbindet, durch den unklaren, jedenfalls aber engeren Sinn der Einrede des BGB. zu ersetzen und dadurch die ZPO. unbrauchbar zu machen. Aber es empfiehlt sich doch neben den Änderungen der ZPO. selbst auch die Verwendung des Vollstreckbarkeitsbegriffs ausserhalb der ZPO. zu verfolgen.

Unerheblich sind die getroffenen Änderungen der Bestimmungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit. Wenn z. B. nach 711 ZPO. die unzweifelhaft irrevisiblen Urteile der Oberlandesgerichte für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, so ist das doch in der Hauptsache auf die Fälle zu beschränken, in welchen das Urteil selbst oder das landgerichtliche Urteil, bezüglich dessen die Berufung erfolglos bleibt, einen vollstreckbaren Inhalt hat.

Wenn § 704 Abs. 2 das Verbot der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urteile in Ehesachen aufrecht erhält und zugleich auch die Feststellung der Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande hat, von der vorläufigen Vollstreckbarkeit ausnimmt, so ist allerdings wahrscheinlich von den Verfassern die Umgestaltung übersehen, dass bei Urteilen in Ehesachen die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung, welche nach dem früheren Recht bestand und diese Vorschrift ursprünglich hervorgerufen hatte, nicht mehr besteht und auch den Urteilen in Kindschaftsachen die Vollstreckbarkeit in der Hauptsache ermangelt. Immerhin behält die Vorschrift Bedeutung

für den Kostenpunkt, da ohne sie solche Urteile z. B. gemäss § 708 Nr. 2 und § 710 im Kostenpunkte für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könnten. Aber selbst die Annahme, dass man sonst diese Vorschrift für inhaltslos erklären müsste, kann für sich allein gewiss nicht zu der sonst nicht zu stützenden Annahme einer Erweiterung des Vollstreckbarkeitsbegriffs führen.

Wenn § 888 Abs. 2 jetzt die Anwendung des Strafzwanges auch bei der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage untersagt, so entfällt bei nicht fungibeln Diensten (bei fungibeln bleibt § 887) allerdings jede Möglichkeit der Zwangsvollstreckung, da die Interesseforderung (§ 893) nicht zur Zwangsvollstreckung gehört und auch nicht auf die Vollstreckbarkeit gestützt werden kann. Die Vollstreckbarkeitserklärung hat daher bei solchen Verurteilungen in der Hauptsache keinen Sinn und wird daher, wenn die mangelnde Fungibilität zweifellos ist, besser unterbleiben. Ebensowenig kann die Vollstreckungsklausel in diesem Falle gegeben werden.

§ 103 ermöglicht in Wiederbelebung eines bereits in der hannoverschen Prozessordnung (§ 51) hervorgetretenen Gedankens für amtsgerichtliche Sachen die Festsetzung des Kostenbetrages im Urteil selbst. Da dieser Teil des Urteils ausschliesslich mit der sofortigen Beschwerde [1]) angegriffen werden kann (§ 103 Abs. 1, 512), so ist die Festsetzung nach § 794 Nr. 3 ohne Vollstreckbarkeitserklärung vollstreckbar und ist daher auch auf Antrag alsbald eine gesonderte vollstreckbare Ausfertigung dieses Teils des Urteils zu geben, auch wenn das Urteil im übrigen gar nicht oder noch nicht vollstreckbar sein sollte. Unsere Grundfrage bleibt auch hier unberührt.

Unerheblich ist auch die erweiterte Anerkennung der Vollstreckbarkeit bei Zwangsvollstreckung hindernden Entscheidungen, z. B. in § 868.

Durch §§ 866 ff. ist die direkt bei dem Grundbuch zu beantragende Eintragung einer Sicherungshypothek für eine vollstreckbare persönliche Forderung unzweifelhaft als Massregel der Zwangsvollstreckung anerkannt und damit das Grundbuch zum Zwangsvollstreckungsorgan gemacht. Diese Ausdehnung

[1]) Die gemäss § 572 in diesem Falle ohne aufschiebende Wirkung ist.

des Begriffs der Zwangsvollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne ist zu bemerken. Sie ergibt aber keinerlei neue Unstimmigkeit. Im Gegenteil trägt sie nur dazu bei, Zwangsvollstreckung und Vollstreckbarkeit noch mehr in Einklang zu bringen, wenn auch den Vollstreckungsbefehlen[1]) in dieser Hinsicht die Vollstreckbarkeit genommen ist.

Bezüglich der Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen ist die Hauptbestimmung (§ 894) unverändert geblieben. Es ist aber von den früher hervorgehobenen Fehlern dieses Gesetzes einer durch Änderungen anderer Bestimmungen gehoben. Die §§ 726, 756, 765 enthalten jetzt ins einzelne gehende Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung von Zug um Zug zu bewirkenden Leistungen. Hier interessiert nur § 726 Abs. 2: „Hängt die Vollstreckbarkeit von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so ist (zu ergänzen: zur Erlangung der vollstreckbaren Ausfertigung) der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, nur dann erforderlich, wenn die den Schuldner obligende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht“.

Eleganter ist durch die Vorschrift, dass zur Erlangung der Vollstreckungsklausel bei Zug um Zug Leistungen der Beweis der Befriedigung oder des Annahmeverzuges bald erforderlich, bald nicht erforderlich ist, das Gesetz gewiss nicht geworden. Aber es wird doch nun die Verweisung auf ein unzutreffendes Gesetz vermieden.

Im übrigen werden diejenigen, welche die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen nicht als eigentliche Verurteilung gelten lassen wollen, sich damit abfinden müssen, dass das Gesetz hier die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ausdrücklich als Verurteilung zu einer Leistung bezeichnet. Allerdings erscheint auch von dem hier vertretenen Standpunkte aus der uneingeschränkte Gebrauch des Wortes Vollstreckung in § 726 insofern ungenau, als in dem Falle des § 894, auf welchen § 726 Abs. 2, allerdings nur zum Teil,

[1]) Bedauerlicherweise, da dadurch das Mahnverfahren grundlos diskreditiert wird.

gemünzt ist, eine Vollstreckung sich erübrigt und damit die Vollstreckbarkeit wegfällt.

Grössere Bedeutung beansprucht dagegen der zum Ersatz des alten § 658 geschaffene und an eine ganz andere Stelle gesetzte § 895. Geblieben ist von der alten Bestimmung, dass es sich um ein vorläufig vollstreckbares Urteil handelt, und dass auf Grund des Urteils eine Eintragung in das Grundbuch, dem jetzt das Schiffsregister gleichgestellt ist, vorgenommen werden soll. Geblieben ist auch die Tendenz, in diesem Falle die defintive Eintragung nicht zuzulassen, sondern nur eine vorläufige, wie sie das jetzige Recht in den Formen der Vormerkung und des Widerspruches zur Verfügung stellt.

Neu ist aber, und damit hängt auch der Platzwechsel zusammen, dass die Bestimmung nicht mehr die Verwirklichung der Eintragung im ganzen, sondern nur noch die Willenserklärung des Verurteilten ins Auge fasst, auf Grund deren die Eintragung erfolgen soll. Sie verordnet daher nichts mehr über die Erzwingung der Eintragung im ganzen, sondern bestimmt mit den Worten: „so gilt die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt", lediglich, dass die vorläufig vollstreckbare Verurteilung zu einer Willenserklärung zwar nicht die Willenserklärung selbst ersetzen, wohl aber die Grundlage für einen Sicherungsvermerk abgeben soll [1]).

Hiernach ist jedenfalls durch ausdrückliche Vorschrift neu bestimmt, dass Verurteilungen zur Abgabe einer Willenserklärung dann für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, wenn es sich um eine Willenserklärung handelte, auf Grund deren eine Bucheintragung erfolgen soll. Damit hat das Gebiet der Vollstreckbarkeitserklärung ebenfalls eine übrigens inhaltlich keineswegs gleiche Erweiterung erfahren, wie sie schon 1877

[1]) Die Ersatzfunktion hat das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil als solches, nicht seine vollstreckbare Ausfertigung. Es ist daher ebensowenig wie im Normalfalle des § 894 ZPO. eine Vollstreckungsklausel oder gar Zustellung des Schuldtitels an den Schuldner erforderlich, um die Eintragung im Grundbuch zu vermerken, geschweige denn Zustellung des Urteils an den Schuldner. A. M. L. Seuffert A. 1 zu § 895. Die Sicherheitsleistung, von der die vorläufige Vollstreckbarkeit etwa abhängt, ist allerdings nachzuweisen.

für das Gebiet der Vollstreckungsklausel durch § 779 a. F. (894 n. F.) mit der Gestaltung der Vollstreckungsklausel bei von Gegenleistung abhängigen Willenserklärungen bewirkt worden war. Man wird nämlich zugeben müssen, dass so auch die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf einen weiteren Fall erstreckt ist, in dem (übrigens erst durch diesen neuen § 895, nicht schon früher!) die Vollstreckbarkeit im eigentlichen Sinne fehlt. Für die Frage, ob auch bei Verurteilungen zu anderen Willenserklärungen, als den im § 895 genannten, die vorläufige Vollstreckbarkeit ausgesprochen werden kann, ist aus § 895 direkt nichts zu entnehmen, da weder insoweit das argumentum a contrario zutrifft, noch im Gegenteil ohne weiteres gefolgert werden kann, dass sie, weil sie in diesem Falle anerkannt sei, auch bei anderen Willenserklärungen zulässig sein müsse. Gleichwohl dürfte § 895 auf einem Umwege die Lösung bringen. Eine Vollstreckbarkeitserklärung in der Hauptsache hat nach dem hier eingenommenen Standpunkte nur dann einen Sinn, wenn sie die Zwangsvollstreckung oder irgendeine andere Wirkung hervorzurufen vermag. Sonst ist sie überflüssig, daher unzulässig, wenn auch unschädlich. Es kommt also auf die Frage an, ob nach der Zivilprozessnovelle mit der Vollstreckbarkeitserklärung einer nicht rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, welche nicht als Grundlage einer Bucheintragung dienen soll, irgend etwas erreicht werden kann. Dass ihr eine Ersatzfunktion nicht beiwohnt, nehme ich schon für die ZPO. von 1877 an[1]). Diese Ansicht erfährt aber jetzt eine erhebliche Verstärkung. Zunächst hat die Kommission für die 2. Lesung des BGB. einen Antrag, der vorläufigen Vollstreckbarkeit eine Ersatzfunktion mit Resolutivbedingung zuzuschreiben, wegen mangelnden Bedürfnisses abgelehnt[2]). Wenn man nun auch die darin liegende Meinungsäusserung der Kommission für nicht entscheidend ansieht, so bleibt doch die Tatsache bestehen, dass nicht nur wie bisher jede Bestimmung in dieser Richtung fehlt, sondern für einen speziellen Fall die Ersatzfunktion, welche doch immer nur

[1]) Auf § 16 Abs. 1 HGB. wird später einzugehen sein.
[2]) Protokolle 6 S. 728.

auf positiver Vorschrift beruhen kann, anerkannt ist. Das argumentum a contrario halte ich hier für so zwingend, dass ich den Rechtssatz: „Bei anderen als den in § 895 benannten Willenserklärungen tritt die Ersatzfunktion eines bloss für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils nicht ein", für gesichert halte. Es ist dies gegenüber der früher dargelegten Ablehnung des die Vollstreckbarkeitserklärung selbst betreffenden argumentum a contrario kein Widerspruch. Denn jenes war abzulehnen, da § 895 die vorläufige Vollstreckbarkeit von Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen nur voraussetzt, aber nicht den Zweck hat, sie zu statuieren. Dagegen hat § 895 sich den Zweck gesetzt, die Ersatzfunktion vorläufig vollstreckbarer Verurteilungen zu Willenserklärungen erschöpfend zu regeln. Er steht an der dazu bestimmten Stelle, und zwar allein. Damit entfällt die Möglichkeit, selbst im Wege der Analogie die Ersatzfunktion herzustellen.

Es erübrigt daher nur die Frage, ob nicht der Zwang aus § 888 (§ 887 wird nicht in Frage kommen) bei vorläufiger Vollstreckbarkeit zur Abgabe von Willenserklärungen, die nicht unter § 895 fallen, geübt werden kann. Im Einklang mit der für die alte ZPO. verfochtenen Ansicht müsste ich das bejahen, wenn nicht auch hier ein argumentum a contrario aus § 895 helfen kann. Man könnte vielleicht auf diesem Wege dem § 895, wenn man seinen erörterten Zweck ins Auge fasst, den Zusatz geben: Andere Wirkungen hat[1]) die vorläufige Vollstreckbarkeit von Verurteilungen zur Abgabe einer Willenserklärung nicht. Ich möchte mich aber, getreu der bisher befolgten Methode, innerhalb der Grenzen gesicherter Gesetzesauslegung zu bleiben, nicht dazu entschliessen, also die Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen zur Abgabe von Willenserklärungen gemäss §§ 887, 888 ZPO. zulassen.

Endlich ist noch der Umgestaltung zu gedenken, welche das Vollstreckungsurteil bei ausländischen Urteilen[2]) erfahren hat. Bisher (§ 661 alt. ZPO.) waren die Voraussetzungen der Anerkennung oder eigentlich Nichtanerkennung eines aus-

[1]) Vorbehaltlich besonders Bestimmungen, wie § 16 Abs. 1 HGB.

[2]) Hinsichtlich der Schiedssprüche besteht keine Veränderung.

ländischen Urteils im Gesetz lediglich als Hindernisse der Erlassung eines Vollstreckungsurteils aufgeführt. Die Novelle hat mit Recht die Frage der Anerkennung eines ausländischen Urteils im allgemeinen und die Frage nach seiner Vollstreckbarkeit grundsätzlich getrennt gehalten. Erstere ist jetzt in § 328 im Anschluss an die Bestimmungen über die Rechtskraftswirkungen[1]) inländischer Urteile gegeben, allerdings immer noch in negativer Fassung, aber mit erheblichen sachlichen Aenderungen. Die Verbindung mit der zweiten Frage ist dann dadurch hergestellt, dass § 723 für das Vollstreckungsurteil neben der Rechtskraft nach inländischem Recht das Vorhandensein der Anerkennungsvoraussetzungen verlangt. Dadurch ist nun eine grössere Klarstellung erzielt, welche der hier vertretenen Auseinanderhaltung der Begriffe Vollstreckbarkeit und Wirksamkeit im übrigen nur zugute kommen kann. Ausschlaggebend bleibt aber der festgehaltene Satz des § 722 ZPO.: „Aus dem Urteil eines ausländischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist". Darin liegt getreu der geschichtlichen Entwickelung, nach welcher das Vollstreckungsurteil aus der einfachen Vollstreckungsklausel hervorgegangen ist, das bestimmte gesetzliche Anerkenntnis, dass das Vollstreckungsurteil die Funktion hat, die inländische Vollstreckbarkeit zu begründen. Als weitere Funktion kann, wenn man im Rahmen der ZPO. bleibt, nach wie vor nur die eine anerkannt werden, dass, wenn das ausländische Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, die von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, die Ersatzfunktion des Urteils durch die für das rechtskräftige Vollstreckungsurteil zu erteilende Vollstreckungsklausel herbeigeführt wird, während es im Normalfalle der puren Verurteilung zu einer Willenserklärung in einem ausländischen Urteile für die Ersatzfunktion durchaus genügen muss, dass das ausländische Urteil rechtskräftig geworden ist und dass ihm die Anerkennung nicht zu versagen ist, für welche

[1]) Die Bestimmungen über Rechtskraftseintritt stehen immer noch inkorrekt bei der Zwangsvollstreckung (§§ 705, 706).

jetzt, wie schon erwähnt wurde, § 328 in bestimmter Weise die Voraussetzungen angibt [1]).

Von den in anderen zum 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Gesetzen vorkommenden Verwendungen des Begriffs der Vollstreckbarkeit sind zunächst ohne jeden Einfluss auf die Feststellung des Begriffs die §§ 1147, 1233, 1268, 1277 BGB [2]). Sie behandeln sämtlich die Zwangsvollstreckung in bezug auf das Recht auf Befriedigung aus einer Sache oder einem anderen Vermögensgegenstande. Sie bieten insofern eine Ergänzung der ZPO., die in einseitiger Weise lediglich die Befriedigung einer persönlichen Forderung als Ziel der Zwangsvollstreckung hinstellt, während daneben notwendig auch das dingliche Recht auf Befriedigung in Betracht gezogen werden und die allgemeine Theorie der Zwangsvollstreckung auch diesen letzteren Fall fortwährend berücksichtigen muss [3]).

Auch § 25 GBO. und § 103 FG. bringen nichts Neues, indem sie lediglich von den bereits bekannten vollstreckbaren Entscheidungen sprechen, welche eine einstweilige Verfügung aufheben.

Nach § 371 HGB. [4]) ist zur Befriedigung aus dem Gegenstande eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts mittelst Privatverkaufs ein vollstreckbarer Titel für das Recht auf Befriedigung erforderlich. Neu ist hier, dass die Vollstreckbarkeit nicht nur für die eigentliche Zwangsvollstreckung, sondern auch für den, allerdings nahe verwandten Fall der Befriedigung mittelst Privatverkaufs Bedeutung erlangt hat. Diese Wirkung wohnt auch der vorläufigen Vollstreckbarkeit bei und kann bei ausländischen Urteilen und Schiedssprüchen nur

[1]) Wenn ich bei meinen Erörterungen den § 767 ZPO. absichtlich nicht in Betracht gezogen habe, so hat es seinen Grund darin, dass es sich dort überhaupt nicht um Zwangsvollstreckung handelt, sondern um eine infolge der früheren Auffassung als Einreden in der Exekutionsinstanz systematisch unrichtig stehende Bestimmung über die Möglichkeit, positive rechtskräftige Urteile mit neu entstandenen Einwendungen anzufechten. — Auch § 889 ZPO., der den direkten Zwang des § 888 ZPO. für Verurteilungen zur Leistung des Offenbarungseides modifiziert, berührt unsere Grundfrage nicht.

[2]) Ganz unerwähnt können bleiben §§ 209, 216, 218, 725, 751 BGB.

[3]) Fischer-Schäfer a. a. O. A. 1 vor § 803 ZPO.

[4]) Neu gegenüber Art. 315 alten HGB.

im Wege des Vollstreckungsurteils gewonnen werden. Dagegen ist eine Vollstreckungsklausel nicht erforderlich.

Nach § 775 BGB. kann der Bürge, der sich im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt hat, die Befreiung von der Bürgschaft, von dem Hauptschuldner verlangen, wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat. Die hier ausgesprochene Wirkung eines Leistungsurteils ist insofern äusserst interessant, als sie zugunsten des Verurteilten allerdings nicht gegenüber dem Kläger, sondern gegen eine dritte Person eintritt. Zu den eigentlichen Rechtskraftwirkungen gehört sie, ganz abgesehen davon, dass sie nicht streng an den Zeitpunkt der Rechtskraft geknüpft ist, sicherlich nicht, denn solche könne nur zugunsten der siegreichen Partei oder ihrer Rechtskraftgenossen gegen den unterlegenen Teil und seine Rechtskraftgenossen eintreten[1]). Aber zweifellos gehört sie auch nicht zur Zwangsvollstreckung, sondern sie liegt auf rein privatrechtlichem Gebiete. Gleichwohl ist sie vom Gesetz nicht an die Rechtskraft, sondern an die Vollstreckbarkeit des Urteils angeknüpft. Der Zweck dieser Singularität — denn etwas ähnliches dürfte sich kaum nachweisen lassen — war offenbar der, im Interesse der Bürgen schon die vorläufige Vollstreckbarkeit des noch nicht rechtskräftigen Urteils genügen zu lassen. Man hat es vielleicht übersehen, dass man dadurch die Voraussetzungen gegenüber ausländischen Urteilen und Schiedssprüchen im Gegenteil erschwerte. Indessen wird sich in dieser Beziehung gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes nichts ändern lassen, da objektive Handhaben zu einer korrektiven Auslegung fehlen.

Das bisherige Ergebnis geht also dahin: Durch die ausserhalb der ZPO. liegende, mit dem BGB. in Kraft getretene Gesetzgebung sind die Wirkungen der Vollstreckbarkeit für Leistungsurteile nach zwei ausserhalb der eigentlichen Zwangsvollstreckung liegenden Richtungen erweitert.

Nun kommt aber am Schluss noch eine sehr bedenkliche „Unstimmigkeit“, welche der, insofern noch wenig beachtete § 16 HGB. zutage gefördert hat.

---

[1]) O. Fischer in Iherings Jahrbüchern 40 S. 199 f.

In seinem ersten Absatz spricht er von einer rechtskräftigen oder vollstreckbaren Entscheidung, welche die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältnis, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat, gegen einen von mehreren Beteiligten feststellt, und knüpft daran den Rechtssatz, dass die Anmeldung des so Verurteilten durch das Urteil ersetzt wird. In Abs. 2 wird umgekehrt einer rechtskräftigen oder vollstreckbaren Entscheidung, welche die Eintragung für unzulässig erklärt, die Kraft gegeben, dass die Eintragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen darf, welcher die Entscheidung erwirkt hat.

Es muss offen anerkannt werden, dass hier die Vollstreckbarkeit in bezug auf blosse Feststellungsurteile, und zwar nicht etwa bloss im Kostenpunkte, sondern auch in der Hauptsache verwendet wird. Denn wenn man auch vielleicht mit L. Seuffert [1]) die Feststellung der Verpflichtung zur Mitwirkung als eine Verurteilung zur Mitwirkung auffassen könnte, so bleiben doch die beiden anderen Fälle als Feststellungsurteile bestehen. Und es lässt sich nicht leugnen, dass die Zufügung des Adjektivs „vollstreckbar" zu dem Adjektiv „rechtskräftig" in erster Linie den Zweck verfolgt, auch vorläufig vollstreckbare Urteile einzubegreifen, mithin die Vollstreckbarkeitserklärung in solchen Fällen zuzulassen. Es kann auch hier wohl als sicher angenommen werden, dass die Verfasser dieser Bestimmung und sämtliche zu den gesetzgebenden Faktoren gehörigen Personen sich der Tragweite der Bestimmung und insbesondere ihres Missverhältnisses zu dem Begriffe der Vollstreckbarkeit, wie er bestand und im übrigen auch für das Recht von 1900 festgehalten wurde, nicht bewusst gewesen sind. Aber damit wird die Bestimmung weder ihrer Geltung entkleidet, noch zu irgendeiner restriktiven Auslegung die Handhabe geboten.

Es ist also zweifellosen Rechtens, dass bei den in § 16 Abs. 1 HGB. genannten Feststellungsklagen im Falle eines positiven Ergebnisses das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, und dass eine solche Entscheidung, übrigens

---

[1]) A. 2 zu § 894 ZPO.

ohne dass eine vollstreckbare Ausfertigung notwendig ist, die ihr in § 16 Abs. 1 beigelegte besondere Wirkung hat.

Es muss aber auf das entschiedenste abgelehnt werden, diesen singulären Fall zu dem Analogieschluss zu benutzen, dass überhaupt in Feststellungssachen in der Hauptsache vorläufige Vollstreckbarkeit ausgesprochen werden könnte.

Damit kann der Überblick über das eigentliche Gesetzesmaterial geschlossen werden. Denn dass durch das Reichsgesetz betr. Änderungen der ZPO. vom 5. Juni 1905 unter Änderung des § 708 Nr. 3 ZPO. die von Amts wegen auszusprechende vorläufige Vollstreckbarkeit der Versäumnisurteile des Revisionsgerichts verordnet ist, ohne dass das Gesetz den vollstreckbaren Inhalt zur ausdrücklichen Voraussetzung gemacht hat, entspricht durchaus der bisherigen gesetzlichen Systematik. Im Kostenpunkt hat die Erklärung immer Bedeutung. In der Hauptsache wird sie allerdings dann nicht auszusprechen sein, wenn weder das Versäumnisurteil noch das angefochtene Urteil, bezüglich dessen die Revision zurückgewiesen wird, einen vollstreckbaren Inhalt oder einen solchen anderen Inhalt hat, durch den die Vollstreckbarkeitserklärung eine Wirksamkeit erhält.

Es muss aber noch des Art. 12 des Haager Abkommens vom 14. November 1896 (GS. 1899 S. 291) gedacht werden, welcher für die von dem Abkommen betroffenen Fälle bestimmt: Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans un des États contractants contre le demandeur ou l'intervenant dispensés de la caution ou du dépôt, en vertu soit de l'article 11, soit de la loi de l'État, où l'action est intentée, seront rendues exécutoires dans chacun des autres États contractants par l'autorité compétente, d'après la loi du pays. Als Korrelat der dem klagenden Angehörigen der Vertragsstaaten gewährten Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten, wird hier die Vollstreckbarkeitserklärung der in dem betreffenden Verfahren erfolgten Verurteilung des Klägers (oder Intervenienten) durch die Rechtspflegeorgane der anderen Staaten zugesichert. Das Kostenfestsetzungsverfahren bleibt also Sache des Gerichts, welches das Urteil erlassen hat. Nur die Vollstreckbarkeitserklärung der Kostenfestsetzung ist

zugesichert. Da diese aber nach den Gesetzen des Landes erfolgt, in welchem die Vollstreckbarkeitserklärung erlassen wird, so bleibt es dabei, dass im Deutschen Reich ein Vollstreckbarkeitsurteil notwendig ist. Nur bezüglich der Voraussetzungen des Vollstreckbarkeitsurteils ist das Abkommen zu beachten. Somit ist die Bestimmung ohne Einfluss auf die Bestimmung des Begriffs und Wesens der Vollstreckbarkeit.

Nicht ganz ohne Bedeutung ist dagegen das internationale Abkommen betr. Ehescheidung vom 12. Juni 1902 (RGBl. 1904 S. 231 ff.): Le divorce et la séparation de corps, prononcés par un tribunal compétent aux termes de l'article 5, seront reconnus partout, sous la condition que les clauses de la présente Convention aient été observées et que, dans le cas ou la décision aurait été rendue par défaut, le défendeur ait été cité conformement aux dispositions spéciaux exigées par sa loi nationale pour reconnaître les jugements étrangers.

Seront reconnus également partout le divorce et la séparation de corps prononcés par une juridiction administrative, si la loi de chacun des époux reconnait ce divorce et cette séparation.

Damit sind die Bedingungen, unter denen im Deutschen Reich ein ausländisches Ehescheidungsurteil aus dem Bereich der Vertragsstaaten anerkannt werden muss, genau umgrenzt. Ein Vollstreckungsurteil befindet sich nicht darunter. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus befindet sich das Abkommen in dieser Hinsicht durchaus im Einklange mit dem deutschen Gesetzesrecht. Wer dagegen meint, dass die Wirksamkeit ausländischer Scheidungsurteile nach deutschem Recht erst durch Erlass eines Vollstreckungsurteils eintritt, muss zugeben, dass dieses Erfordernis für einen grossen Teil des europäischen Kontinents infolge dieses Vertrages entfällt.

Hiernach halte ich, wenn man sich in den Schranken exakter Auslegung des Inhalts der Gesetzesbefehle hält, hinsichtlich der Urteile folgende Sätze für das inländische Recht für nachgewiesen:

I. Vorläufige Vollstreckbarkeit.

1) Die Erklärung eines Urteils für vorläufig vollstreckbar setzt zunächst voraus, dass einer der Fälle vorliegt, in denen

das Gesetz, insbesondere die §§ 708—719 ZPO. diese Erklärung gestatten.

2) Liegt ein solcher Fall vor, so kann die Vollstreckbarkeitserklärung im Kostenpunkt ohne weiteres erfolgen, wenn das Urteil auch nur eine Entscheidung über die Verpflichtung zur Kostentragung ohne Festsetzung der Beträge enthält.

3) Im übrigen ist die vorläufige Vollstreckbarkeit nur auszusprechen, wenn das zu erlassende Urteil bzw. das Urteil, welches aufrecht erhalten wird bzw. hinsichtlich dessen einem Rechts- oder anderen Anfechtungsmittel der Erfolg versagt wird, einen geeigneten Inhalt hat.

Ein solcher liegt vor:

a) im allgemeinen nur bei einer Verurteilung zu einer Leistung (auch Unterlassung), bezüglich deren eine Zwangsvollstreckung, d. h. eine Verwirklichung des festgestellten Begehrens durch die staatlichen Vollstreckungsorgane im Rahmen der ZPO. und ihrer zulässigen landesgesetzlichen Ergänzungen möglich ist, also insbesondere nicht bei Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage, falls § 887 nach der Natur der Dienste ausgeschlossen ist.

b) In folgenden singulären Fällen:

α) bei einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, wenn auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder das Schiffsregister erfolgen soll, nicht aber bei der Verurteilung zur Abgabe anderer Willenserklärungen, welche unter § 894 ZPO. fallen,

β) bei Urteilen, welche eine Zwangsvollstreckung, Arrest, einstweilige Verfügung aufheben, hindern oder einschränken,

γ) bei Urteilen, welche lediglich das Recht auf Befriedigung aus einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht aussprechen,

δ) bei Urteilen, welche die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältnis, bezüglich dessen eine Eintragung im Handelsregister zu erfolgen hat, gegen einen von mehreren, bei der Vornahme der Anmeldung Beteiligten

feststellt oder die Vornahme einer solchen Eintragung für unzulässig erklärt.

In allen anderen Fällen ist die Vollstreckbarkeitserklärung in der Hauptsache ausgeschlossen, also namentlich bei allen abweisenden Urteilen, sowie bei Feststellungs- und Bewirkungsurteilen, Urteilen über den Grund oder über prozesshindernde Einreden, bedingten Endurteilen.

Andere „reale Urteilswirkungen" sind mit der Vollstreckbarkeitserklärung nicht verbunden. Sie gibt weder für das Einschreiten von Gerichten und Verwaltungsbehörden, noch für Eintragungen in Konkurstabellen, Handels- und Standesregister oder auch, abgesehen von den positiv bestimmten Fällen für Eintragungen in Grundbücher und Schiffsregister, eine geeignete Grundlage.

4) Die Vollstreckbarkeitserklärung hat als Hauptwirkung die, dass für die Zwangsvollstreckung ein vollstreckbarer Schuldtitel vorhanden ist, falls der Inhalt eine Zwangsvollstreckung gestattet. Nebenwirkungen sind:

a) das Urteil dient als Grundlage für die Kostenfestsetzung,
b) in den singulären Fällen zu 3b erhält das Urteil die sich aus dem einzelnen Falle ergebende besondere Wirkung.

II. Vollstreckungsklausel.

1) Regelmässig ist eine Vollstreckungsklausel nur dann zu erteilen, wenn das Urteil einen zur Zwangsvollstreckung in dem zu 3a angegebenen Sinne geeigneten Inhalt hat. In den Fällen, in denen ein Urteil nur im Kostenpunkt oder aus den unter 3b angegebenen singulären Gründen für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, wird die Vollstreckungsklausel nicht erteilt, insbesondere auch nicht in dem Falle 3b *α*.

2) Als singulärer Fall tritt nur der hinzu, dass ein rechtskräftiges Urteil die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht hat.

In diesem Falle hat die Vollstreckungsklausel zugleich eine über die Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne hinausgehende Wirkung.

III. Ein Vollstreckungsurteil kann nur dann erlassen werden, wenn das inländische Urteil oder der Schiedsspruch einen geeigneten Inhalt hat.

Dazu gehört:

a) im allgemeinen die Verurteilung zu einer Leistung in dem zu 3a angegebenen Sinne,

b) folgende singuläre Fälle

α) Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, die von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist,

β bis δ) die unter 3b β bis δ aufgeführten Fälle.

In allen anderen Fällen ist das Vollstreckungsurteil ausgeschlossen, also neben den zu 3 am Ende aufgeführten Fällen, insbesondere auch bezüglich einer Entscheidung, die ohne Festsetzung des Betrages über die Verpflichtung zur Kostentragung entscheidet.

Die Wirkungen des Vollstreckungsurteils sind analog wie bei den Wirkungen der Vollstreckbarkeitserklärung zu bestimmen. Es ist nur zu beachten, dass der Fall b α ein anderer geworden ist. Alle anderen Wirkungen der Rechtskraft bei ausländischen Urteilen und Schiedssprüchen sind von dem Erlass des Vollstreckungsurteils nicht abhängig. Sie sind, soweit sie überhaupt eintreten können, schon mit dem Dasein des rechtskräftigen und anerkennungsfähigen Urteils bzw. des Schiedsspruchs vorhanden. Sind die Voraussetzungen einer Feststellungsklage gegeben, so können sie durch inländisches Feststellungsurteil als vorhanden festgestellt werden. Vollstreckbarkeitserklärung und Vollstreckungsklausel ist aber einem solchen Feststellungsurteil zu versagen.

Eine Erweiterung dieser Sätze wäre nur im Wege der Analogie denkbar, wie sie namentlich L. Seuffert[1]) für das Gebiet der Bewirkungsurteile verteidigt hat. Für eine solche fehlt es aber für diesen Fall wie für alle übrigen an jeder Voraussetzung. Zunächst handelte es sich doch offensichtlich um ganz singuläre Vorschriften. Bei solchen ist ja freilich nicht, wie vielfach gelehrt wird, jede Analogie schlechthin ausgeschlossen. Aber es ist hier sehr schwer, ein über den Spezialfall hinausreichendes allgemeines Prinzip zu finden, das die Anwendung auf Fälle mit anderem Tatbestande rechtfertigte. Auch wenn man, was als irrig nachgewiesen wurde, die Ver-

[1]) a. a. O. A. 3 vor § 704.

urteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen als Bewirkungsurteile auffasst, so fehlt es doch noch an jeder Rechtfertigung für die Annahme, dass die für diesen Fall gegebene Regelung ohne gesetzliche Anordnung in allen anderen Fällen von Bewirkungsurteilen zur Anwendung kommen müsse. Jedenfalls scheint dafür kein Bedürfnis vorzuliegen. Warum soll das rechtskräftige Bewirkungsurteil nicht alle seine Wirkungen äussern können, ohne dass die zur Zwangsvollstreckung nötige Vollstreckungsklausel gegeben wird? Warum ist die Ermöglichung vorläufiger Wirkung, welche doch auch bei Leistungsverurteilung nach der Auffassung des Gesetzes eine Ausnahme bildet, hier anzustreben, während sie das Gesetz offenbar für bedenklich hält, und daher nicht statuiert hat? Und warum soll endlich ausländischen anerkennungsfähigen und rechtskräftigen Bewirkungsurteilen die ihnen zukommende Wirkung für das Inland versagt werden, während das doch bei allen anderen ausländischen Urteilen nicht der Fall ist, und lediglich als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung das aus der Vollstreckungsklausel herausgewachsene Vollstreckungsurteil gefordert wird?[1])

Die bisherige Untersuchung hat sich auf den Begriff der Vollstreckbarkeit in bezug auf seine Anwendung auf Urteile beschränkt.

Eine weitere Verwendung findet er aber nun bei anderen vollstreckbaren Schuldtiteln. Solche kannte bereits die hannoversche PO. (§ 528), und sie sind durch alle Entwürfe hindurch bis zur ZPO. behalten, freilich vermehrt und verändert.

Unter diesen auf Reichsrecht und Landesrecht beruhenden vollstreckbaren Schuldtiteln[2]) befinden sich zunächst eine Reihe von Urteilen besonderer Gerichte, Gewerbegerichte, Kaufmannsgerichte, Rheinschiffahrts- und Elbzollgerichte. In dieser Beziehung sind grundsätzlich die von Urteilen geltenden Regeln

[1]) Ganz unerträglich wäre es auch, die Wirkung eines ausländischen anerkennungsfähigen Ehescheidungsurteils für das Inland erst mit dem Zeitpunkte der Rechtskraft des Vollstreckungsurteils eintreten zu lassen, während für das Ausland der Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils massgebend sein würde.

[2]) Verzeichnis zunächst § 794, im übrigen L. Seuffert a. a. O. A. 8 zu § 794, A. 3 zu § 801, Fischer-Schäfer a. a. O. A. zu §§ 794—800, A. 2 zu § 801.

massgebend. Insoweit können auch vorläufige Vollstreckbarkeit und Vollstreckungsklausel in Frage kommen. Hier interessieren wesentlich nur die vollstreckbaren Schuldtitel, welche sich nicht als Urteile charakterisieren.

Die gesetzliche Regelung, welche sie zunächst in §§ 794 bis 801 ZPO. erhalten haben, bestätigt lediglich die für das Urteil festgehaltene Grundauffassung. Diese Vorschriften werden mit den Worten eingeleitet: „Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt", und sie zeigen auch in ihrem ganzen übrigen Inhalt, dass es sich bei ihrer Regelung in der ZPO. nur um ihre Eigenschaft als Vollstreckungstitel handelt. Auch die Bestimmung hinsichtlich der landesgesetzlichen Schuldtitel spricht allein von der Zwangsvollstreckung, die auf Grund von ihnen stattfinden soll. Es ergibt sich zweifellos, dass das Gemeinsame, das sie mit den Urteilen haben und haben sollen, zunächst und im allgemeinen eben nur in ihrer Geeignetheit als Grundlage einer Zwangsvollstreckung besteht.

Vor allem sind ihnen keineswegs im übrigen alle die Wirkungen rechtskräftiger Urteile oder überhaupt der Urteile beigelegt [1]). Wie weit sie im einzelnen solche Wirkungen haben können, lässt sich nur für die einzelne Art des Schuldtitels und nicht aus den §§ 794 bis 801 ZPO., sondern nur aus den sonst von ihnen geltenden Regeln feststellen [2]), wenngleich dabei die Bestimmungen über die „Einwendungen" (§ 796 Abs. 2, 797 Abs. 3 und 4 ZPO.) in Betracht zu ziehen sind. Wenn nun auch keiner der nicht ein Urteil darstellenden Schuldtitel schlechthin die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils hat, so sind sie doch sämtlich schon mit ihrem Dasein geeignete Grundlagen der Zwangsvollstreckung, denen nur noch die Vollstreckungsklausel hinzukommen muss, soweit sie nicht, wie durch § 796 ZPO., im einzelnen Falle erübrigt wird.

[1]) § 839 Abs. 2 BGB. kann daher lediglich deshalb auf die andern vollstreckbaren Schuldtitel keine Anwendung finden. Irrig ist die Annahme L. Seufferts, dass eine Klage auf eine Forderung, für welche eine vollstreckbare Urkunde vorliegt, zurückzuweisen sei (A. 6c zu § 794).

[2]) Der Vollstreckungsbefehl erhält die Eigenschaft eines rechtskräftigen Urteils durch Ablauf der Einspruchsfrist (§§ 705, 700). Für Vergleiche fehlt es in dieser Beziehung an der Bestimmung.

Mit Rücksicht darauf ist auch die Erklärung für vorläufig vollstreckbar, soweit es sich nicht um Urteile handelt, unverwendbar. Nur bei Vollstreckungsbefehlen kommen die Bestimmungen insoweit in Betracht, als sie bis zur Erledigung eines Einspruchs oder fruchtlosem Ablauf der Einspruchsfrist einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumnis erlassenen Endurteile ohne weiteres gleichstehen [1]).

Ausserdem ist für die mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen (§ 794 Nr. 3 ZPO.), welche seit dem Norddeutschen Entwurf (§ 931 Nr. 2) als Schuldtitel fungieren, der § 572 ZPO. hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu beachten. Es geht aus dieser Vorschrift hervor, dass alle Wirkungen, welche eine solche Entscheidung überhaupt haben kann, schon mit dem Erlasse der Entscheidung eintreten. Damit ist aber über den Inhalt dieser Wirkungen nichts gesagt. Jedenfalls kann auch aus diesem Satze kein Rückschluss auf die vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen in dem Sinne, dass auch diese alle Urteilswirkungen bzw. mehr Wirkungen, als das Gesetz im einzelnen verordnet, hat, habe, nicht gemacht werden.

Ebensowenig kommt das Institut der Vollstreckungsurteile hier in Frage, da dieses auf Schiedssprüche und ausländische Urteile beschränkt ist, also bei ausländischen Schuldtiteln, die sich nicht nach unserer Auffassung als Urteile charakterisieren, keine Anwendung finden kann, was überdies durch den Ausschluss des § 722 von den hier entsprechend anwendbaren Vorschriften (§ 795 Abs. 1 ZPO.) bestätigt wird.

Dass sämtliche vollstreckbare Schuldtitel, um die Eigenschaft eines solchen zu haben, einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt haben müssen, wird wie bei den Urteilen als selbstverständlich vorausgesetzt [2]). Gleichwohl wird auch hier im Anschluss an das bei Urteilen Gefundene geprüft werden müssen, ob nicht gewisse Modifikationen dieses Satzes auch bei

---

[1]) Die verfehlte Fassung, welche die Entscheidungen letzter Instanz nicht berücksichtigt, entstammt dem pr. Justizminister-Entwurf (§ 616 Nr. 2).

[2]) Auch L. Seuffert A. 4 zu § 794 bezeichnet es als „natürlich". Ob man den gegen einen Zeugen nach § 390 zu übenden Zwang dazu rechnen soll oder nicht, ist für den hier verfolgten Zweck gleichgültig.

vollstreckbaren Schuldtiteln, die nicht Urteile sind, anerkannt werden müssen.

In § 16 HGB. ist von rechtskräftigen oder vollstreckbaren Entscheidungen des Prozessgerichts die Rede, welche in der früher geschilderten Weise[1]) die Eintragung ins Handelsregister betreffen. Eine solche Entscheidung kann nur in einem Urteile oder in einer einstweiligen Verfügung enthalten sein[2]). Eine über letztere hinausgehende Bedeutung für unsere Frage hat daher die Bestimmung nicht.

Die vollstreckbaren Entscheidungen, welche eine Zwangsvollstreckung einstellen[3]), namentlich einstweilen einstellen, können auch Beschlüsse sein, welche gemäss §§ 793, 794 Nr. 3 ZPO. vollstreckbare Schuldtitel sein würden. In dieser Begrenzung muss also auch hier die Vollstreckungshinderung als möglicher Inhalt eines vollstreckbaren Schuldtitels anerkannt werden.

Sodann fordert § 105 als Grundlage des Kostenfestsetzungsverfahrens nur einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Schuldtitel. Es ist demnach zunächst klar, dass für solche vollstreckbare Schuldtitel, welche neben einem sonstigen vollstreckbaren Inhalt auch die Verpflichtung zur Tragung von dem Betrage nach noch nicht bestimmten Kosten feststellen, das Kostenfestsetzungsverfahren stattfinden kann, und daher auch dieser Inhalt als vollstreckbar angesehen werden muss. Man wird aber, obwohl in diesem Falle ein zur Zwangsvollstreckung direkt geeigneter Inhalt nicht vorliegt, doch im Sinne der Gesetze auch solche vollstreckbare Schuldtitel als Grundlage des Kostenfestsetzungsverfahrens zulassen müssen, welche ausschliesslich eine Verpflichtung zur Kostentragung aussprechen, was namentlich für Vergleiche von Wichtigkeit ist.

Im weiteren kann in solchen Schuldtiteln, insbesondere in Vergleichen, die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung festgestellt sein, wenngleich zumeistens bei Vergleichen vorgezogen werden wird, die Willenserklärung selbst sofort abzugeben.

---

[1]) Siehe oben S. 86.

[2]) Staub, Kommentar z. HGB. A. 3 zu § 16.

[3]) § 775 Nr. 1, 2 ZPO.

An und für sich müssen die Bestimmungen über Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§§ 887 ff.) bei Schuldtiteln, die nicht Urteile sind, ebenso Anwendung finden, wie die im gleichen Abschnitt stehenden Vorschriften betreffend die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen. Denn wenn § 794 ZPO. sagt: „Die Zwangsvollstreckung findet statt usw.", so stellt er damit auch für diese Schuldtitel sämtliche Zwangsvollstreckungsmittel zur Verfügung. Dass ein Prozessgericht, wie es §§ 887—890 ZPO. erfordert, nicht vorhanden ist, wie z. B. bei den im Sühneverfahren geschlossenen Vergleichen, kann die Anwendung nicht ausschliessen. Es muss im Wege entsprechender Anwendung ein zuständiges Gericht, im gegebenen Falle das Sühnegericht, gefunden werden. Dementsprechend müsste man an und für sich auch die §§ 894, 895 für anwendbar erachten. Für § 894 ZPO. entsteht aber das Hindernis, dass ein rechtskräftiges Urteil erfordert wird. Rechtskraft in diesem Sinne wohnt aber Schuldtiteln, die nicht Urteile sind, insbesondere Vergleichen, nicht bei, deshalb kann § 894 ZPO. auf diesen Schuldtitel keine Anwendung finden. Vergleiche haben nicht die definitive Ersatzfunktion eines rechtskräftigen Urteils. Dagegen wird man ihnen die vorläufige Ersatzfunktion des § 895 ZPO. zuzuschreiben haben, wenn es sich um Willenserklärungen handelt, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder das Schiffsregister erfolgen soll, denn die ihnen beiwohnende Vollstreckbarkeit kann in ihren Wirkungen hinter der vorläufigen Vollstreckbarkeit von Urteilen offenbar nicht zurückstehen. Hierin liegt also eine Erweiterung der Wirkungen der Vollstreckbarkeit über den Rahmen der Zwangsvollstreckung hinaus. Im übrigen aber ist im Einklang mit den früher entwickelten Grundsätzen daran festzuhalten, dass eine Willenserklärung eine Handlung ist, für welche demgemäss die Zwangsvollstreckung aus §§ 887, 888 so weit gegeben ist, als sie nicht durch §§ 894, 895 ZPO. überflüssig ist. Da hier die allgemeine Ersatzfunktion des § 894 versagt, so treten die allgemeinen Regeln über Erzwingung von Handlungen ein[1]), und zwar auch

[1]) So auch Stein I 1 zu § 894.

in dem Falle des § 895 ZPO., um die Abgabe der zur definitiven Eintragung erforderlichen Willenserklärung tatsächlich zu erzwingen. Will man das nicht annehmen, so bleibt nur eine neue Klage auf Grund des Vergleichs übrig[1]), ein sehr unbefriedigendes Ergebnis.

Sodann ist den vollstreckbaren Schuldtiteln im allgemeinen durch § 371 HGB. die Kraft gegeben, formelle Grundlage für die Zulässigkeit eines Privatverkaufs auf Grund kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu sein. Eine ganz singuläre Wirkung der Vollstreckungsklausel bei vollstreckbaren Schuldtiteln besteht noch darin, dass sie im Konkurse die Verfolgungslast hinsichtlich bestrittener Konkursforderungen auf den Widersprechenden überschieben (§ 146 Abs. 6 KO.). Bei Vollstreckungsbefehlen bedarf es in Konsequenz des § 796 ZPO. keiner Vollstreckungsklausel. Bei Urteilen tritt die Wirkung unabhängig von deren Vollstreckbarkeit mit der Erlassung ein und ist daher früher unter den Erweiterungen der Vollstreckbarkeitswirkung mit Recht nicht aufgeführt.

Damit sind für die vollstreckbaren Schuldtitel, welche nicht Urteile sind, die Abweichungen von dem strengen Zuschnitt auf die Zwangsvollstreckung in Inhalt und Wirkungen erschöpft.

Die mögliche Erweiterung des Inhalts über das zur unmittelbaren Zwangsvollstreckung Geeignete beschränkte sich also auf die Feststellung einer Kostenpflicht ohne Bestimmung des Betrages. Bei Titeln, die Entscheidungen sind, kommt noch die Vollstreckungshinderung hinzu. Jeder weitere Inhalt würde mit der Funktion als vollstreckbarer Schuldtitel nichts zu tun haben. Und die Erweiterungen der Wirkungen über die engere Zwangsvollstreckung hinaus bestehen nur in der v o r l ä u f i g e n Ersatzfunktion für grundbuchliche Eintragungen und der Ermöglichung des Privatverkaufs bei dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht.

Die Dürftigkeit und Singularität dieser Erweiterungen zeigt noch deutlicher wie bei den Urteilen, dass sich jede analoge Ausdehnung verbietet.

---

[1]) So auch L Seuffert A. 1 zu § 894.

Die Ergebnisse meiner Untersuchung für Gesetzesauslegung und Praxis sind damit angegeben. Es ist aber zugleich der theoretische Ausgangspunkt dieser Untersuchung gerechtfertigt. Die ZPO. hat keinen doppelten Begriff der Vollstreckbarkeit, sondern sie hat nur den einen und engeren, der mit der Geeignetheit zur Zwangsvollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne identisch ist.

Nur im einzelnen sind die Wirkungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit über den Rahmen der Zwangsvollstreckung hinaus erweitert, auch Vollstreckungsklausel und Vollstreckungsurteil auf Fälle erstreckt, in denen es sich nicht um Zwangsvollstreckung handelt. Das reicht aber nicht aus, um für das System einen weiteren Begriff der Vollstreckbarkeit zu konstruieren, der alle realen Urteilswirkungen umfasste. Heute kann es nicht mehr als die Aufgabe der Rechtswissenschaft betrachtet werden, eine concordia discordantium canonum um jeden Preis herzustellen.

Berichtigungen.

S. 40 Z. 6 von oben statt „sonstiger“ zu lesen „sonstigen“.
S. 47 Z. 4 v. o. statt „exétoire“ zu lesen „exécutoire“.
S. 57 Z. 8 v. o. das Wort „in“ zu streichen.
S. 60 Z. 6 v. o. statt „die“ zu lesen „den“.
S. 75 Z. 9 v. o. hinter „Vollstreckungsurteils“ einzuschieben „für ausländische Urteile“.
S. 75 Z. 12 v. o. ist der Satz „Bezüglich usw.“ zu streichen.

Die Religionsverbrechen im Strafgesetzbuch für Russland vom Jahre 1903

von

Xaver Gretener

Das neue Strafgesetzbuch für Russland zeigt nicht nur im Allgemeinen Teile, sondern auch in den Bestimmungen des Besonderen Teils im ganzen ein durchaus modernes Gepräge; die systematische Stellung der Deliktsarten im Gesetze gründet sich auf sorgfältige Erforschung des juristischen Wesens derselben, unter Berücksichtigung der Literatur und Gesetzgebung der Gegenwart; die einzelnen Tatbestände werden scharf gegeneinander abgegrenzt und unverkennbar tritt das Bestreben hervor, auch in den Strafsatzungen Gerechtigkeit und Humanität walten zu lassen; selbst in der Behandlung der Staatsverbrechen zeigen sich gewisse Züge der Milde, so wenn die Majestätsbeleidigung aus Unverstand, Unwissenheit oder in einem die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschliessenden Zustande der Trunkenheit nach Art. 103 Abs. 3 mit Haft bestraft wird. Die Frage wird daher nicht ohne allgemeines und spezifisch kriminalistisches Interesse sein, wie sich der Gesetzgeber mit einer Gruppe von Delikten abgefunden habe, deren Geschichte überaus wechselvolle Schicksale aufweist, die wiederum aufs engste zusammenhängen mit den Umwälzungen, welche das Verhältnis von Recht und Religion, Staat und Kirche im Laufe der Jahrhunderte erfahren hat. Angesichts der Zusammensetzung des russischen Reiches aus den verschiedensten Stämmen und Rassen einerseits und der überlieferten Stellung der russischen Staatskirche anderseits musste sich die Aufgabe des Strafgesetzgebers auf diesem Gebiete im Vergleich zu den Staaten Westeuropas zu einer ebenso eigenartigen wie schwierigen gestalten, wollte er anders dieses Stück des Gesetzbuches

wenigstens einigermassen in Einklang setzen mit dem Geiste, welcher dasselbe im grossen und ganzen erfüllt.

Wenn heute die Auffassung überwunden ist, wonach der Rechtsschutz auf dem Gebiete der Religionsverbrechen nicht menschlichen Gütern, sondern der beleidigten göttlichen Majestät und dem religiösen Glauben als solchem, losgelöst von seiner Bedeutung für das Gemeinleben gelte, so ist anderseits unter dem Einflusse der Philosophie und der historischen Rechtsschule auch die Reaktion gegen die einseitige Betrachtung der Religionsdelikte durch die Aufklärungszeit nicht ausgeblieben: nicht nur um den Schutz von Rechten der Einzelperson handelt es sich, oder um ein im Hinblick auf den Nutzen der Religion für die staatlichen Zwecke geschaffenes Staatsverbrechen, sondern um die Religion als ein wertvolles soziales Rechtsgut, das so lange Anspruch auf Schutz seitens der staatlichen Rechtsordnung erheben darf, als „die Menschheit an dem Gottesglauben als ihrem höchsten Gute festhält“ [1]). Dieser grundsätzlichen Auffassung der Religionsdelikte entspricht deren systematische Stellung unter den Verbrechen gegen die Güter der bürgerlichen Gesellschaft.

Dem bezeichneten Gedankengange begegnen wir zunächst auch in den Motiven zum Entwurfe der Redaktionskommission [2]), welche die Religion als eine der Hauptbedingungen der Entwickelung und der Existenz der Gesellschaft, als eine jener Grundlagen bezeichnen, auf denen das staatliche und gesellschaftliche Leben ruht; aus dem öffentlichen Charakter der durch den Staat geschützten religiösen Interessen begründen sie die Tatsache, dass die Religionsdelikte nicht als Angriffe auf die Ehre und die Freiheit der Einzelperson verfolgt und wesentlich anders bestraft werden wie Ehrverletzungen. Im Einklang mit diesem Ausgangspunkt beschloss die Redaktionskommission, die Religionsverbrechen den Angriffen auf die „Bedingungen des Gemeinlebens“, demnach den Verbrechen

[1]) Vgl. W. v. Rohland, Historische Wandlungen der Religionsverbrechen, Freiburger Festschrift 1902, S. 140 f. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, 1890 S. 162, spricht von dem „Kulturinteresse des religiösen Bewusstseins der Menschheit“.

[2]) Band IV St. Petersburg 1894 S. 16 u. S. 50 f.

gegen die Güter der Gesellschaft einzuordnen, und zwar vor den Verbrechen gegen die Familienordnung — Abschnitt XVII Art. 328 ff. des Entwurfs. Der Entwurf weicht hierin vom bisher geltenden Strafgesetzbuche ab, welches die „Verbrechen gegen die Religion und die Verletzung der dieselbe schützenden Bestimmungen“ als Abschnitt II an die Spitze des Besonderen Teils, unmittelbar vor Hochverrat und Landesverrat stellte. Die Redaktoren des StGB. vom Jahre 1845 hatten für diese aus dem Gesetzeskodex — Sswod Sakónoff — vom Jahre 1832 übernommene Stellung geltend gemacht, dass die bezüglichen Bestimmungen den Schutz der im ersten Teil des ersten Bandes des Sswod enthaltenen Grundgesetze bezwecken, demnach müssten auch die betreffenden Strafvorschriften ihre Stelle an der Spitze des Besonderen Teils finden. Ausserdem enthielten die Verbrechen gegen die Religion eine Auflehnung gegen die höchste Autorität in der Gesellschaft, deren Rechte besonders in Russland so eng mit den Rechten der souveränen Gewalt verbunden seien. Die Motive zum Entwurf betonen demgegenüber, dass die von den Redaktoren des Gesetzbuchs vom Jahre 1845 in Aussicht genommene Anordnung der einzelnen Delikte nicht durchgeführt werden konnte und auch in Wirklichkeit nicht durchgeführt wurde, schon aus dem Grunde, weil die Vorschriften über das gegenseitige Verhältnis der verschiedenen im Staate bestehenden Religionsbekenntnisse nicht nur in den Grundgesetzen, sondern auch im elften Bande enthalten sind, weil ferner den Bestimmungen über den Kirchenraub gewisse Vorschriften des zehnten Bandes entsprechen. Die Ansicht, wonach die Religionsdelikte einen Angriff auf die Rechte der souveränen Gewalt enthalten und demgemäss als Staatsverbrechen zu behandeln seien, bezeichnen die Motive als unklar, ja als unrichtig. Gemäss Art. 42 der Grundgesetze ist „der Kaiser aller Reussen als christlicher Herrscher der höchste Beschützer und Hüter der Glaubenslehren der herrschenden Religion, der Wächter der Rechtgläubigkeit und jeder guten Ordnung in der heiligen Kirche“; daraus folgt aber nicht, dass die Verletzung der Religion, ihrer Lehren und Einrichtungen gleichbedeutend sei mit einem Angriffe auf die Rechte der souveränen Gewalt. Die durch den Staat geschützten religiösen

Interessen, führen die Motive aus, bilden ein Ganzes für sich; die Religion bildet neben der Familie die Grundlage des staatlichen Gemeinlebens; deshalb müssen die Angriffe auf die Religion und die Kirche auch im Systeme des Kodex gesondert von den Angriffen auf den Staat und dessen Institutionen gestellt werden — am sachgemässesten, d. h. der Art des geschützten Interesses am angemessensten unter jene Gruppe von Delikten, welche schon von den Redaktoren des Gesetzbuches vom Jahre 1845 den Staats- wie den Privatverbrechen entgegengesetzt und dahin charakterisiert werden, es handle sich um Verbrechen, welche, „ohne direkt gegen die Obrigkeit oder gegen Privatpersonen gerichtet zu sein, die Bande des Zusammenlebens der verschiedenen Personen in der bürgerlichen Gesellschaft zerstören“.

Die systematische Stellung der Religionsdelikte im Entwurfe blieb jedoch im weitern Fortgange der Beratungen nicht unangefochten, wie denn auch die Motive selber in dieser Richtung eine gewisse Unsicherheit erkennen lassen. Ausdrücklich sprechen sie dem Schutze der Religion für Russland eine besondere, von andern Staaten wesentlich verschiedene Bedeutung zu, weil „in Russland die Grundsätze des christlichen Glaubens und die orthodoxe Kirche, eine zahlreiche und verschiedenartige Bevölkerung zur Einheit verbindend, dem Vaterlande jene Macht verliehen, kraft deren es in der Mitte der modernen Staaten eine so hervorragende Stellung einnimmt. Es ist daher erklärlich, dass die Kommission mit besonderer Sorgfalt auf den gebührenden Schutz des religiösen Glaubens, der Freiheit des Glaubensbekenntnisses und der durch die Gesetze der orthodoxen Kirche im Staate zugeeigneten Stellung bedacht war“. Die Motive finden sich insofern im Einklang mit dem h. Synod, welcher die historische Bedeutung der orthodoxen Kirche für das russische Volk und den russischen Staat scharf betont [1]). Die orthodoxe Kirche erscheint als vornehmste Staatsinstitution, welcher gegenüber den andern Bekenntnissen ein ausgezeichneter Schutz zuteil wird. Anderseits betonen die Motive bei der Abgrenzung einzelner Tatbestände

[1]) Protokoll der Besonderen Behörde des Reichsrates S. 71.

den Gesichtspunkt der Verletzung des religiösen Gefühls; aus diesem Gesichtspunkt scheidet der Entwurf nicht nur die Beschädigung von Grabdenkmälern, sondern auch der Gräber aus, während er die Leichenschändung und Leichenentwendung in die Gruppe der Religionsverbrechen einbezieht.

In seiner Begutachtung des Entwurfs[1]) beantragte der h. Synod, den XVII. Abschnitt an die Stelle des II. zu setzen, demnach an die Spitze des Besonderen Teils vor die Staatsverbrechen, und zwar mit Rücksicht auf die „Wichtigkeit der bezüglichen Bestimmungen"; das Justizministerium[2]) stimmte diesem Vorschlage zu, da ein genügender Grund für eine Abweichung vom geltenden Rechte nicht ersichtlich sei. Die weiteren Beratungen des Entwurfs in der Besonderen Konferenz beim Reichsrat, in der Besonderen Behörde und in der Plenarversammlung des Reichsrates haben Änderungen nach dieser Richtung nicht gebracht; das Strafgesetzbuch normiert demnach die Religionsverbrechen an der Spitze des Besonderen Teils, unmittelbar vor dem Verbrechen des Hochverrats; die enge Beziehung derselben zu den Staatsverbrechen tritt somit auch im neuen Strafgesetzbuche in unzweideutiger Weise in die Erscheinung.

Gegenüber dem bisherigen Rechte wurde das Gebiet der Religionsdelikte dadurch enger begrenzt, dass nach Vorgang der neueren Strafgesetzbücher das Verbrechen des Meineides sowie der Kirchendiebstahl und die Beschädigung von Kirchengut ausgeschieden wurden. Weiterhin fanden auch die Bestimmungen über die Nichterfüllung kirchlicher Vorschriften — Art. 207 bis 209 des alten StGB. — keine Aufnahme, da diese Bestimmungen auch dem Sswod vom Jahre 1832 und vom Jahre 1842 nicht bekannt waren und auch nach dem Strafgesetzbuch nur im Falle des Art. 209 eine Ermahnung durch die Verwaltungsbehörde nach sich zogen. Im übrigen wurde die Regelung der Materie wesentlich vereinfacht, so dass die Zahl der den Religionsdelikten gewidmeten Artikel des Gesetzbuches gegenüber

[1]) Vgl. Band IX 1897 Gutachten der Ressorts betreffend den Entwurf der Redaktionskommission S. 8.

[2]) Vgl. Vorlage desselben Band X S. 8.

dem Gesetzbuche vom Jahre 1845 um mehr als zwei Dritteile verringert worden ist. Trotzdem erscheint der Bestand der Religionsverbrechen auch im neuen Strafgesetzbuche im Vergleich zu den Strafgesetzbüchern Westeuropas ein unverhältnismässig grosser; dabei hat der Reichsrat die Zahl der Tatbestände gegenüber dem Entwurfe von neunzehn auf fünfundzwanzig erhöht.

Die Behandlung im einzelnen wird durch folgende Gesichtspunkte beherrscht. Zunächst sucht die Redaktionskommission den Inhalt der Strafvorschriften mit den Grundgesetzen des Reiches in Einklang zu setzen. Diese anerkennen zwar nicht das Prinzip der Glaubenseinheit im Sinne des Mittelalters, anderseits aber ebensowenig das Prinzip der Glaubensfreiheit im modernen Sinne, kraft dessen jedem im Staate bestehenden Religionsbekenntnisse das gleiche Recht, demnach auch voller Strafschutz eingeräumt wird. Wenn die Religionsfreiheit in diesem Sinne nicht einmal vom deutschen Strafgesetzbuche anerkannt wird, so vermochte der russische Strafgesetzgeber diese Forderung noch weniger zu erfüllen, da Art. 40 der Grundgesetze die „christliche, rechtgläubige, katholische Religion orientalischen Bekenntnisses“ als präponderierende und herrschende Religion anerkennt. Zwar wird auch den andern im Reiche bestehenden Bekenntnissen ausdrücklich die Glaubensfreiheit zuerkannt; die Gesetzgebung gewährleistet jedem russischen Untertan das Recht des freien Bekenntnisses seines Glaubens; nach Art. 44 der Grundgesetze geniessen die Ausländer das Recht der Ausübung ihrer Religion und des Gottesdienstes nach ihrem Kultus; nach Art. 45 wird diese Religionsfreiheit den Juden, Mohammedanern und Heiden zuerkannt: „ja alle in Russland lebenden Völker verherrlichen Gott den Allmächtigen in verschiedenen Sprachen nach dem Gesetze und dem Bekenntnisse ihrer Ahnen“. Die christlichen Bekenntnisse besitzen das Recht der freien Ausübung ihres Kultus seit dem Manifest der Kaiserin Anna Johannowna vom 22. Februar 1735. Anderseits ist aber das Recht der freien Wahl des Glaubensbekenntnisses wesentlichen Beschränkungen unterworfen. Den Mitgliedern der orthodoxen Kirche wird der Übertritt zu einer anderen, sei es auch christlichen Kirche, verboten; den An-

hängern eines anderen christlichen Bekenntnisses wird der Übertritt zur orthodoxen Kirche nicht nur nicht verboten, sondern „niemand soll irgendwie der Erfüllung dieses Wunsches Hindernisse entgegensetzen"; der Übertritt von einem christlichen Bekenntnisse zu einem anderen christlichen Bekenntnisse ist mit Genehmigung des Ministers des Innern gestattet, der Übertritt von einem christlichen zu einem nichtchristlichen Bekenntnisse ist verboten. Nichtchristen können unbehindert zur orthodoxen Kirche übertreten, zu anderen christlichen Bekenntnissen nur unter Beobachtung gewisser Vorschriften.

Aus diesen Sätzen des russischen Staatskirchenrechts ergab sich für die Regelung der einzelnen strafrechtlichen Tatbestände statt einer gemeinsamen Form der Behandlung die Notwendigkeit einer Reihe von Unterscheidungen und eine gewisse Abstufung des Strafschutzes; regelmässig werden dabei wie im alten Strafgesetzbuch die christlichen Bekenntnisse den nichtchristlichen entgegengesetzt und den christlichen ein erhöhter Strafschutz gewährt; es werden aber auch Tatbestände aufgenommen, die nur den Schutz der orthodoxen Kirche bezwecken, während den übrigen Bekenntnissen ein gleicher Schutz versagt bleibt. Aus der bevorzugten Stellung der orthodoxen Kirche erklärt sich weiterhin die durchaus konfessionelle Färbung des Tatbestandes der Gotteslästerung. Die besondere Konferenz beim Reichsrate hielt es sogar für notwendig, gegenüber der Fassung des Art. 328 des Entwurfs, der von „Schmähung der rechtgläubigen oder einer andern christlichen Religion" sprach, die Fassung des bisherigen Rechtes zur Geltung zu bringen, das von „Schmähen der rechtgläubigen Kirche oder überhaupt der christlichen Religion" spricht, und zwar soll mit dieser Ausscheidung der orthodoxen „Kirche" diese unter besonderen Schutz gestellt sein, teils „als Gemeinschaft der Gläubigen, die sich in Russland zur herrschenden Religion bekennen, teils als eine Einrichtung, die ihre besondere Mission in bezug auf die das weite Reich bewohnenden Völkerschaften hat".

Besonderes Interesse beansprucht das Verhalten der russischen Strafgesetzgebung zu jenen Tatbeständen, welche in Westeuropa bis ins XVIII. Jahrhundert als typische Religionsverbrechen galten und die schwersten Strafen nach sich zogen:

die Häresie und die Apostasie. Das alte Russland[1]) hatte mit der Annahme des orthodoxen Christentums von den Griechen auch das byzantinische Kirchenrecht übernommen mit seinen Strafbestimmungen gegen die Religionsverbrechen. Der bekannte Erlass des Kaisers Konstantius II. gegen das Heidentum war auch in die russischen Rechtsammlungen übergegangen, doch blieb die Verfolgung der Religionsverbrechen lange Zeit ausschliesslich in den Händen der Kirche, so zwar, dass in den Denkmälern der weltlichen Gesetzgebung der Periode der Grossfürstentümer (1150—1500) Bestimmungen über die Religionsverbrechen gänzlich fehlen. Insbesondere ging noch im XV. Jahrhundert die Ahndung der Häresie vorwiegend von den Kirchenbehörden aus, trotz heftiger Anklagen seitens kirchlicher Eiferer wie des Erzbischofs von Nowgorod Gennadius gegen die weltlicher Herrscher, welche der Lässigkeit gegenüber den Häretikern bezichtigt wurden unter Hinweis auf das Beispiel der Heiligen Spanischen Inquisition. Der Kirchenversammlung zu Moskau 1504 wohnten zwar Iwann IV. und sein Sohn Wassily Iwannowitsch bei, den Hauptanteil aber an deren Beschlüssen gegen die sog. jüdische Ketzerei — Verwerfung der Lehre von der Trinität, der Verehrung der Heiligen und Heiligenbilder — hatte die Geistlichkeit. In der Praxis des XVI. Jahrhunderts sind die Fälle der Ketzerverfolgung sehr wenig zahlreich, und in der Zeit der blutigen innern Kämpfe unter Iwann IV., dem Schrecklichen, tritt die religiöse Verfolgung vollends in den Hintergrund. Erst im XVII. Jahrhundert tritt diese in engere Beziehungen zu den Obliegenheiten der weltlichen Gewalt; besonders zeigt sich dies in der Bekämpfung der Häresien und des Rasskóll, welche gegen Ende dieses Jahrhunderts einen regierungsfeindlichen Charakter annehmen; die Vertreter der weltlichen Gewalt werden zugleich zur Bekämpfung der Zauberei, der Wahrsagerei und der sonstigen Reste des Heidentums, aber auch aller von der Kirche untersagten Spiele und Vergnügungen berufen. Die weltlichen Behörden wurden ferner mit der Überwachung der Beobachtung der kirchlichen Gebräuche, des Kirchenbesuches, des Beicht-

[1]) Vgl. Motive S. 28 ff.

ganges betraut und konnten sich bei Ahndung der betreffenden Vergehen auch der Kirchenstrafen bedienen.

Im XVII. Jahrhundert erscheinen im Russischen Recht die ersten systematischen Bestimmungen der weltlichen Gesetzgebung über Religionsverbrechen. Das Gesetzbuch des Zaren Alexjéi Micháilowitsch vom Jahre 1649 hat dabei vermöge seines klaren Verständnisses des Wesens der Rechtsbeziehungen eine Reihe von Handlungen nicht in die Gruppe der Religionsverbrechen aufgenommen, welche später bei Abfassung des Strafgesetzbuches vom Jahre 1845 einbezogen wurden, so den Meineid und den Kirchendiebstahl. Obwohl dieses Gesetzbuch die orthodoxe Kirche als herrschende anerkannte und die übrigen christlichen und insbesondere die nichtchristlichen Bekenntnisse nur faktisch duldete, auch den Abfall vom orthodoxen Glauben verbot, so enthielt es doch nur eine einzige hierauf bezügliche Strafbestimmung, welche sich lediglich auf die Verleitung zum Abfall bezog und nicht einmal in dem Abschnitt über die Religionsverbrechen aufgenommen war. Die Verfolgung der Hexen und Zauberer erlitt zwar auch in dieser Epoche keine Unterbrechung, sie erreichte jedoch nicht jene Ausdehnung wie im weltlichen Europa.

Die Grundsätze, welche im Gesetzbuche vom Jahre 1649 niedergelegt und durch ergänzende Ukase sowie durch die Satzungen des Militär- und des Marineusstäffs Peter d. Gr. weiterentwickelt wurden, dienten späterhin dem Kodex der Gesetze des Russischen Reiches als Material und gingen dadurch auch in das bisher geltende Recht über. Nach dem Strafgesetzbuche vom Jahre 1845, Ausgabe 1866, Art. 185 und Art. 188 werden: 1) die von der christlichen Religion orthodoxen oder heterodoxen Bekenntnisse zu einer nichtchristlichen Religion Übertretenden der geistlichen Obrigkeit ihres früheren Bekenntnisses zur Ermahnung und Belehrung überwiesen; bis zur Rückkehr zum Christentum gehen sie der Rechte ihres Standes verlustig und während dieser Zeit wird ihr Vermögen unter Kuratelverwaltung gestellt; 2) die von der orthodoxen Kirche zu einem andern christlichen Bekenntnisse Übertretenden werden der geistlichen Obrigkeit zur Ermahnung und Belehrung überwiesen, um mit ihnen nach den kirchlichen Vor-

schriften zu verfahren; besondere Massregeln werden ergriffen, um die Kinder derselben vor dem Abfall zu behüten; ihre von Gliedern der orthodoxen Kirchen bewohnten Landgüter werden bis zur Rückkehr der Abtrünnigen in den Schoss der orthodoxen Kirche unter Kuratelverwaltung gestellt, und es wird den letzteren der Aufenthalt daselbst untersagt. Das Strafgesetzbuch enthielt ausserdem die Vorschrift, dass auch die von der orthodoxen Kirche zum Rasskóll Abgefallenen der geistlichen Obrigkeit zur Ermahnung und Belehrung überwiesen werden sollen.

Die Redaktionskommission ihrerseits entschied sich einstimmig für die gänzliche Beseitigung dieser auf den Abfall von der orthodoxen Kirche oder einem andern christlichen Bekenntnis bezüglichen Vorschriften. Sie zog dabei in Erwägung [1], dass die Überweisung an die geistliche Obrigkeit nach der Strafprozessordnung nicht vom weltlichen Strafgericht verhängt, daher auch in der Novelle zum Strafgesetzbuche vom Jahre 1885 diese Massnahme bezüglich der zum Rasskóll Abgefallenen nicht mehr erwähnt wird. Was die übrigen Rechtsfolgen betrifft, so werden sie vom Ministerium des Innern angeordnet, so dass eine Erwähnung im Strafgesetzbuche nur zu Unklarheiten führen könnte. Die Besondere Konferenz [2] und die Besondere Behörde [3] des Reichsrates stimmten diesen Erwägungen bei, wie denn auch der h. Synod [4] unter Hinweis auf die Lehren des Evangeliums sich gegen die Bestrafung des Abfalls als solchen aussprach.

Zu Meinungsverschiedenheiten im Schosse der Redaktionskommission führte die Frage, ob ein dem Art. 204 des alten Strafgesetzbuches entsprechender Tatbestand aufzunehmen sei. Die Mehrheit bejahte die Frage; Art. 347 des Entwurfs bedrohte daher denjenigen Anhänger des Rasskóll mit Deportation in das transkaukasische Gebiet, welcher infolge seiner Bekehrung zur orthodoxen Kirche seinen Verbannungsort verlassen hat und nun wiederum abtrünnig wird. Zwei Mitglieder der Kommission, Tagántzeff und Njekljúdoff, sprachen sich aus

[1] Motive S. 104.
[2] Protokoll S. 175.
[3] Protokoll S. 74.
[4] Ebenda S. 72.

folgenden Gründen gegen diese Vorschrift aus[1]): Der Abfall von der orthodoxen Kirche zog nach dem Sswod wie nach dem Strafgesetzbuch nur Massnahmen kirchlich-disziplinären Charakters nach sich, und zwar galt dies von den geborenen Orthodoxen wie von den zur Orthodoxie übergegangenen heterodoxen Christen und den Nichtchristen; eine Ausnahme für die Rasskóljniki zu machen, wäre ungerecht. Das Argument, dass hier sozusagen ein Rückfall in die Häresie vorliege, trifft nicht zu, da Art. 204 des früheren Gesetzes sich auch auf geborene Rasskóljniki bezieht, die z. B. wegen Verleitung zum Abfall bestraft und dann zur orthodoxen Kirche übergetreten sind. Geht man aber von der Annahme aus, Art. 204 bestrafe im Grunde die Verstellung, mit der der Schuldige sich eine Vergünstigung zu Nutzen macht, so erscheint die Strafdrohung des Art. 204 als zu hart, da es eine blosse Vermutung bleibt, dass die Bekehrung des früheren Rasskóljnik nur ein Akt der Heuchelei war; der zweite Abfall konnte viele Jahre nach der Bekehrung und der Rückkehr aus der Verbannung unter völlig veränderten Verhältnissen stattfinden. Die Besondere Konferenz[2]) schloss sich diesen Erwägungen an, daher fand Art. 347 des Entwurfs keine Aufnahme in das Gesetz.

Wenn das Strafgesetzbuch v. J. 1903 die Apostasie und die Häresie als solche nicht mit Strafe bedroht, so kennt es dagegen eine Reihe von Tatbeständen, welche sich auf die private und die öffentliche Propaganda beziehen und deren ausgesprochene Tendenz zum Teil darin besteht, den heterodoxen Bekenntnissen diejenigen Waffen im Kampfe um die religiöse Ueberzeugung zu entwinden, deren sich die orthodoxe Kirche vielfach in skrupellosester Weise bedient hat, mit dem Erfolge, dass sie grosse Bevölkerungsgruppen äusserlich an sich fesselte, welche ihr innerlich völlig fremd gegenüberstanden. In den Motiven finden wir dazu folgende Begründung[3]): Jeder wahrhaft Gläubige empfindet die natürliche Neigung, andere Personen zu Teilnehmern seines religiösen Lebens, seines Hoffens

[1]) Motive S. 150.
[2]) Protokoll S. 202.
[3]) Motive S. 104 f.

und Glaubens zu machen; der Indifferentismus in Sachen des Glaubens ist meistens eine Begleiterscheinung des Unglaubens. Das Recht, religiöse Glaubenslehren zu verbreiten, hat aber seine natürlichen Grenzen, und zwar nach dem Inhalt und nach den Mitteln der Propaganda. In ersterer Beziehung sind Rücksichten teils allgemein-staatlichen Charakters, teils staatlich-nationaler Natur entscheidend. Vom allgemein-staatlichen Standpunkte aus kann die Verbreitung solcher religiöser Lehren nicht gestattet werden, welche für den Staat direkt schädlich oder gefährlich sind, und zwar nicht nur nach den von ihnen vertretenen politischen und sozialen Grundsätzen, sondern auch nach den Grundlagen ihrer Moral, ihrem Verhältnis zur Familie usw. Obwohl die Religion Gewissenssache ist, Sache des innern Menschen, so darf doch nicht vergessen werden, dass die religiöse Weltanschauung so den ganzen Menschen erfasst, derart mit seiner allgemeinen Weltanschauung, seinen wissenschaftlichen und Lebensinteressen verschmilzt, dass die Religionsvorschriften häufig zu den Grundregeln der öffentlichen und individuellen Tätigkeit des Menschen werden; daher kann der Staat sich nicht indifferent verhalten nicht nur jenen Glaubenslehren gegenüber, welche in ihrer äussern Betätigung sich mit der staatlichen Moral als unvereinbar erweisen, wie zum Sskopzentum, Mormonentum, sondern auch jenen gegenüber, die in ihren Prinzipien und Satzungen den vom Staate geschützten Grundsätzen der moralischen und öffentlichen Ordnung widersprechen. Der Kampf gegen eine bestimmte Glaubenslehre kann sich dabei auf den Kultus als Ganzes oder auf einzelne Äusserungen desselben beziehen; dahin zählt das Verbot der Durchführung gewisser Glaubenssätze und Anschauungen einzelner nichtchristlicher Religionen in bezug auf Totenfeiern mit Menschenopfern; strafbar wird hier im Grunde die Ausübung dieser Kultusgebräuche sein.

Vom staatlich-nationalen Standpunkte aus leiten die Motive Beschränkungen der Propaganda aus dem gegenseitigen Verhältnisse ab, in dem die einzelnen Bekenntnisse zueinander stehen, aus der Stellung, welche das Gesetz der herrschenden Staatsreligion einräumt: nicht gestattet ist die Propaganda, die sich auf Verleitung eines Orthodoxen zum Übertritt zu

einem heterodoxen Bekenntnisse richtet oder auf Verleitung eines Christen zum Übertritt zum Nichtchristentum, oder endlich auf Verleitung jemandes zum Rasskóll in irgendeiner Form.

Den zweiten Grund für eine Beschränkung der Propaganda finden die Motive in den Mitteln derselben; als unzulässig erscheint von diesem Gesichtspunkte aus die Verleitung zum Übertritt durch Drohung oder Gewalt, gleichgültig zu welchem Glaubensbekenntnisse.

Über die Begrenzung der hierher gehörigen Tatbestände traten dabei sowohl im Schosse der Redaktionskommission wie bei den weiteren Beratungen verschiedene Ansichten zutage. Nach dem Vorschlage von Tagántzeff und Foinitzky sollte die nicht gewaltsame Verleitung eines Orthodoxen zum Übertritt zu einem anderen christlichen Bekenntnisse straflos bleiben, und zwar aus folgenden Gründen[1]): 1) Das Streben nach Bekehrung zu dem eigenen Glauben ist eine so natürliche Äusserung des religiösen Gefühls, dass da, wo die Verleitung nicht mit Gewalt verbunden war, die Strafbarkeit ernstliche Zweifel erwecken kann, die Bedrohung mit einer ziemlich schweren Strafe aber als ungerecht erscheint; 2) der Kampf gegen die Verbreitung von Glaubenslehren und Sekten mittels harter Strafen hatte, wie die geschichtliche Erfahrung beweist, stets den umgekehrten Erfolg, nämlich das Sektenwesen zu befördern, indem er ein religiöses Märtyrertum schuf; die Hauptwaffe im Kampfe soll geistiger Natur sein, die Kraft der sittlichen Überzeugung, die Übereinstimmung der inneren Würde der Glaubensprediger mit den von ihnen verkündeten Lehren, nicht aber Gefängnis und Verbannung; 3) bei der nicht zwangsweisen Verleitung ist die Erbringung des Beweises, dass die betreffende Person einen bestimmten Glauben nicht aus eigener, innerer Überzeugung, sondern auf das Drängen eines anderen angenommen, in hohem Grade schwierig; 4) auch gegenwärtig hielt das Ministerkomitee es stets für notwendig, selbst in Sachen der Verleitung Orthodoxer zum Übertritt zum Mohammedanismus um Milderung der nach den bestehenden Gesetzen verhängten Strafen einzukommen, teils in Berücksichtigung der Beweggründe

[1]) Motive S. 117.

der Tat, teils weil die Umgebung, in welcher die Propaganda entfaltet wurde, nur nach dem Taufscheine orthodox war, in Wirklichkeit aber in weitgehendem Masse ihre nichtchristlichen Glaubensansichten bewahrt hatte.

Die Mehrheit beschloss jedoch auch die nichtgewaltsame Verleitung zum Abfalle nach Vorgange des alten Strafgesetzbuchs strafrechtlich zu ahnden; über die Mittel der Verleitung gingen die Meinungen wieder auseinander. In der Besonderen Konferenz sprechen sich Tagántzeff und Sabúroff für eine beschränkende Aufzählung derselben aus [1]; insbesondere sprachen sich die genannten Mitglieder gegen den im geltenden Rechte verwandten Terminus „Überredung" (podgowór) aus, da dieser Begriff auch auf die blosse Überzeugung ausgedehnt werden könnte. Die Mehrheit hielt an der weiteren Fassung fest, wonach jede intellektuelle Einwirkung mit Einschluss von Bitten und der Überzeugung genügen soll, wenn sie den Abfall der betreffenden Personen bewirken. In der Besonderen Behörde des Reichsrates sprachen sich 24 Mitglieder für die weitere, 23 Mitglieder und der Vorsitzende für die engere Fassung aus [2], in der Plenarversammlung des Reichsrates vereinigte die weitere Fassung 29, die engere, in das Gesetz übergegangene dagegen 38 Stimmen auf sich. Zugunsten der engeren Begrenzung wurde unter anderem geltend gemacht, dass es doch offenbar ungerecht wäre, den Vater oder Gatten oder auch dritte Personen nur deshalb als Verbrecher zu behandeln, weil sie aufrichtig ihre religiöse Überzeugung ausgesprochen; der orthodoxe Glaube aber bedürfe keines künstlichen Schutzes, die Anrufung der weltlichen Gewalt behufs Aufrechterhaltung seiner Autorität könne dessen sittliche Kraft nur schwächen.

Nicht aufgenommen wurde vom Entwurf der R.kommission der Tatbestand des Art. 936 Abs. 1 des alten Strafgesetzbuches, wonach der Nichtchrist — Mohammedaner, Jude oder Heide — bestraft wird, welcher einen zu einem fremden Stamme gehörigen russischen Untertan zum Übertritt zu einer anderen nichtchristlichen Religion verleitet. Die Besondere Konferenz

---

[1]) Protokoll S. 186.
[2]) Protokoll S. 84.

sprach sich jedoch für die Notwendigkeit einer solchen Strafbestimmung aus[1]. „Mit der Ausdehnung unserer östlichen Grenzgebiete, deren Bevölkerung ein grosses Gemisch fremder Religionen aufweist, kann man der Erscheinung nicht gleichgültig gegenüberstehen, dass neben der Gewährung der Kultusfreiheit an diese fremden Stämme zugleich die Versuche zugelassen würden, dieselben zum Übertritt zu einer anderen Religion zu verleiten, Versuche, welche nicht selten von fanatischen Motiven oder von politischen oder eigennützigen Rücksichten eingegeben werden, während die Bekehrung zu einer anderen Religion oft der Bedeutung dieser im Staate nicht entspricht".

Besonderer Erwähnung bedarf der sog. Rasskóll (Spaltung), dessen lange Leidensgeschichte das alte Gesetz, dass der Parteihass gegen die näherstehenden Richtungen sich schärfer akzentuiert wie gegen die entfernteren[2], vollauf bestätigt. Ursprünglich[3] bezeichnete man als Rasskóljniki nur diejenigen, welche sich weigerten, die unter dem Patriarchen Nikon auf der Kirchenversammlung vom Jahre 1654 beschlossene und durch Vergleichung mit alten russischen und griechischen Handschriften durchgeführte Verbesserung der Kirchenbücher anzuerkennen; die von der Orthodoxie zum Judentum oder einer anderen Religion Abgefallenen nannte man Häretiker; allein schon zu Ende des XVII. und dann im Laufe des XVIII. Jahrhunderts begann man unter den Begriff des Rasskóll verschiedene Sekten zu subsumieren, die sich von den Altgläubigen ausgeschieden, wie die Popenlosen, die Philipponen, ferner auch Sekten, welche eine nur entfernte Beziehung zum Christentum hatten und gesellschafts- und moralwidrige Lehren predigten, wie die Sekte der Sskopzen, der Geissler.

Nachdem die Kirchenversammlung zu Moskau vom Jahre 1667 die Frage, ob Häretiker und Rasskóljniki auch mit weltlicher Strafe zu belegen seien, bejahend beantwortet, unter Hinweis auf die byzantinische Kirchengeschichte, finden sich ge-

[1] Protokoll S. 182 f.

[2] Mommsen, Römisches Strafrecht S. 607.

[3] Vgl. Motive S. 142 f.

nauere Bestimmungen über die Strafbarkeit der Verbreitung des Rasskóll und der Verleitung dazu in der Epoche Peter des Grossen und seiner nächsten Nachfolger; in den Projekten der Kaiserin Elisabeth Petrówna wurden diese Bestimmungen in ein System gebracht. Die Verleitung zum Rasskóll sollte an den schuldigen Rasskóljniki mit scharfen Peitschenhieben, Deportation zu lebenslänglicher Zwangsarbeitsstrafe und Konfiskation des gesamten Vermögens bestraft werden; altgläubige Popen, welche kirchliche Handlungen — Taufen, Trauungen und Beerdigungen — vornehmen, unterliegen der Strafe des Kirchenraubes, Enthaupten und Rädern, der nichtgeweihte Pope unterliegt der lebenslänglichen Zwangsarbeitsstrafe und der Vermögenskonfiskation.

Die spätere Gesetzgebung aus der Epoche Katharina II. brachte wenig Änderungen in die Behandlung des Rasskóll, doch zeichnete sich diese Periode durch verhältnismässige Duldsamkeit demselben gegenüber aus. Das erste Viertel des XIX. Jahrhunderts weist eine grosse Zahl von Bestimmungen über den Rasskóll auf, dieselben beziehen sich aber vorwiegend auf die zu jener Zeit bedeutend angewachsene Sekte der Sskopzen und andere schädliche Sekten; im übrigen bestimmte sich die Lage des Rasskóll durch geheime Massnahmen seitens des Ministeriums des Innern.

Der Sswod Sakónoff statuiert eine Strafe für die Zugehörigkeit zum Rasskóll nicht, dagegen kennt er Bestimmungen gegen die besonders gefährlichen Sekten und die Verbreitung von Häresien. Auf demselben Standpunkt steht wesentlich auch das Strafgesetzbuch von 1845, Ausgabe 1866 Art. 196 f. Der Entwurf der R.kommission bedroht ebenfalls die Zugehörigkeit zum Rasskóll, nur bei den in Art. 349 genannten gefährlichen Sekten, unter wesentlicher Ermässigung der Strafe, daneben wird die öffentliche Propaganda zugunsten des Rasskóll bedroht sowie die Vornahme kirchlicher Handlungen an Angehörigen der orthodoxen Kirche seitens der Rasskoljniki. Nicht bekannt war dem Entwurf der Tatbestand des Art. 92 des Gesetzes, der die öffentliche Ausübung des gesetzlich verbotenen Rasskóll mit Strafe bedroht; dessen Aufnahme ist durch die Besondere Konferenz erfolgt, auf Vorstellungen des hl. Synod.

Schon das Gesetz vom 3. Mai 1883, über die Gewährung gewisser bürgerlicher Rechte und die Ausübung gottesdienstlicher Handlungen an die Rasskóljniki, gestattete denselben, gemeinschaftliche Gebete zu verrichten, geistliche Handlungen vorzunehmen und den Gottesdienst nach ihrem Ritus abzuhalten, und zwar sowohl in Privathäusern wie in den zu diesem Zwecke besonders bestimmten Gebäuden, sofern die allgemeinen Vorschriften über die öffentliche Ruhe und Ordnung nicht verletzt würden; dagegen verbot dieses Gesetz jede öffentliche Ausübung des Rasskóll und zwar 1) Kreuzgänge und öffentliche Prozessionen im Kirchenornate; 2) öffentliches Tragen der Heiligenbilder, mit Ausnahme der Fälle von Leichenbegängnissen; 3) den Gebrauch des Kirchenornates oder des Mönchs- oder geistlichen Gewandes ausserhalb der Häuser, Kapellen und Bethäuser; 4) rasskóljnistische Gesänge auf Strassen und Plätzen. Da jedoch das Gesetz eine Strafsanktion für die Verletzung dieser Vorschriften nicht aufstellte, so gab es nach Ansicht des hl. Synod den Anhängern des Rasskóll die Möglichkeit, straflos Handlungen zu begehen, die zum Schaden der Kirche und zum Ärgernis der Rechtgläubigen ausschlugen. Indem der hl. Synod zugleich in Erwägung zog, dass nach den im geistlichen Ressort vorhandenen Daten die Führer des Rasskóll eine gesteigerte Propaganda ihrer Irrlehre entfalten und offen, mit wachsender Kühnheit, öffentliche Gebetsversammlungen und Prozessionen veranstalten, erachtete er die Ausfüllung der Gesetzeslücke für dringend notwendig. Die Besondere Konferenz [1]) trat diesem Vorschlage bei, da das Gesetz vom Jahre 1883 durchaus nicht den Zweck verfolgt habe, den Anhängern des Rasskóll eine neue Waffe im Kampfe mit der herrschenden Kirche in die Hand zu drücken. Als Strafe setzte die Besondere Behörde [2]) Haft bis zu drei Monaten fest, die Besondere Behörde des Reichsrates ermässigte sie auf Geldstrafe bis zu 300 Rubel, indem sie den bezeichneten Handlungen lediglich den Charakter von Polizeiübertretungen zusprach.

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass erst das

---

[1]) Protokoll S. 193 f.

[2]) Protokoll S. 96 f.

Gesetz vom 3. Mai 1883 das bis dahin für die Raskóljniki bestehende unbedingte Verbot, neue Bethäuser zu erbauen und bestehende zu reparieren — vgl. auch StGB. vom Jahre 1866 Art. 206 — aufgehoben hat, ohne jedoch den Sektierern in dieser Richtung volle Freiheit zu gewähren; nicht nur die Erbauung neuer, sondern auch die Reparatur alter baufälliger Bethäuser ist nämlich an die Erlaubnis seitens der zuständigen administrativen Behörde geknüpft. Damit sollte die Einrichtung solcher Bethäuser in den „Grenzen des wirklichen Bedürfnisses“ gehalten werden und zugleich die strenge Befolgung der gesetzlichen Vorschriften über das Äussere solcher Gebäude gesichert werden, um das Bestreben der Raskóljniki zu paralysieren, solchen Bethäusern das Äussere von orthodoxen Tempeln zu verleihen. „Unter solchen Umständen erhält die eigenmächtige Verwirklichung des Rechts zum Bau, Umbau und zur Reparatur ihrer Bethäuser seitens der Raskóljniki die Bedeutung nicht sowohl einer Übertretung formaler Gesetzesvorschriften, wie eines im Interesse der herrschenden Kirche geschaffenen Vergehens“. Die Strafe ist zwar nach Ansicht der Besonderen Behörde[1]) in Übereinstimmung mit der Besonderen Konferenz höher zu bemessen, wie für die unerlaubte Eröffnung christlicher und nichtchristlicher Bethäuser, anderseits sei von Gefängnisstrafe abzusehen, weil die betreffenden Handlungen nicht stets in der heimlichen Absicht vorgenommen werden, durch das Äussere der Bethäuser die orthodoxe Bevölkerung zur Teilnahme am Rasskóll zu verleiten, sondern bisweilen auch um dem Gottesdienst Glanz und Feierlichkeit zu verleihen; nach Ansicht der Mehrheit der Besonderen Behörde entspricht eine weitere Milderung der strafrechtlichen Repression auch völlig dem bisherigen Gange der Gesetzgebung in bezug auf den Rasskóll, wie denn überhaupt mildere Massregeln gegen die Raskóljniki zu deren Beruhigung und zur Beseitigung ihrer Abgeschlossenheit und ihrer feindseligen Haltung gegen die sie umgebende Bevölkerung beitragen werden. Das Gesetzbuch bedroht nunmehr solche Handlungen im Anschluss an den Entwurf, abweichend vom alten Strafgesetzbuch,

[1]) Protokoll S. 159.

aber wenig in Übereinstimmung mit der oben berührten Auffassung ihres Wesens seitens der Besonderen Behörde des Reichsrates, im XVIII. Abschnitt Art. 380 unter den Verletzungen der Vorschriften der Baupolizei, und zwar mit Haft oder Geldstrafe bis zu 500 Rubel, während das Anlegen von Einsiedeleien und ähnlicher Klausen seitens der Rasskóljniki in Abs. 2 desselben Artikels mit Gefängnisstrafe bedroht ist.

Schliesslich sei noch bemerkt, dass eine dem Art. 205 des alten Strafgesetzbuchs wesentlich entsprechende Vorschrift über Herstellung, Verkauf und Aufbewahrung zum Verkaufe von gottesdienstlichen Büchern der Rasskóljniki aus den Religionsverbrechen ausgeschieden wurde, um im XV. Abschnitt Art. 301 unter den Verletzungen der Pressvorschriften Aufnahme zu finden.

Wenn das neue Strafgesetzbuch die Strafen der Religionsverbrechen gegenüber dem bisherigen Rechte durchweg herabsetzt — bei tätlicher Beschimpfung heiliger Gegenstände war nach Art. 210 Abs. 2 des alten Strafgesetzbuchs lebenslängliche Zwangsarbeitsstrafe in Bergwerken angedroht, nach dem neuen Gesetze besteht die Strafe in zeitiger Zwangsarbeitsstrafe oder Deportation zur Ansiedelung —, so verdient in dieser Beziehung noch hervorgehoben zu werden, dass einzelne Mitglieder der R.kommission weitere Milderungen der Strafen in Anregung gebracht hatten. So schlug N. St. Tagántzeff vor, den schwersten Fall der Gotteslästerung mit Deportation zur Ansiedelung zu bedrohen, unter folgender Begründung: Nach der heute herrschenden Anschauung besteht das Wesen der Gotteslästerung in einem Angriffe auf die Religion als einer der sittlichen Grundlagen des staatlichen Lebens; solche Angriffe zerstören die Güter, gegen die sie gerichtet sind, nicht, sondern dienen nur als Beweis des Mangels an der nötigen Achtung gegen dieselben, wodurch sie Unwillen und Ärgernis erregen. Wie ferner die Gerichtspraxis bezeugt, wird das Delikt der Gotteslästerung ebenso wie die Entweihung des Heiligtums und die Religionsschmähung gewöhnlich entweder in trunkenem Zustande oder unter dem Einfluss des religiösen Fanatismus verübt, so dass sie keineswegs jenen Grad sittlicher Verdorbenheit beweisen, der die schwersten, auf Mord, Notzucht und Brand-

stiftung gesetzten Strafen rechtfertigen würde. Wichtiger wie bei jeder anderen Klasse von Verbrechen ist in diesen Fällen sichere, wenn auch nicht besonders schwere Bestrafung, während die im bisherigen Rechte angedrohten schweren Strafen entweder zu freisprechenden Urteilen oder zur Annahme mildernder Umstände führten.

* * *

Sind hiermit die Anschauungen und Verhältnisse klargelegt, auf denen die Regelung der Religionsverbrechen im neuen russischen Strafgesetzbuch beruht, so sind nunmehr die einzelnen Tatbestände nach ihren wichtigsten Merkmalen und die angedrohten Strafen zu bezeichnen.

I. An der Spitze der Religionsverbrechen steht die Gotteslästerung und die Entweihung des Heiligtums, welche in Art. 73 zusammengefasst werden. Die Handlung besteht 1) im Lästern, und zwar des dreieinigen Gottes, der Mutter Gottes und Jungfrau Maria, der Himmlischen Heerscharen oder der Heiligen Gottes; 2) in der tätlichen Beschimpfung oder Schmähung der heiligen Sakramente, des heiliges Kreuzes, der heiligen Reliquien, der Heiligenbilder und sonstiger, von der rechtgläubigen oder einer anderen christlichen Kirche als heilig anerkannten Gegenstände; 3) in der Schmähung der heiligen Schrift oder der rechtgläubigen Kirche und ihrer Dogmen oder überhaupt der christlichen Religion. Die Frage, welche Gegenstände als „heilige“ zu behandeln seien, ist nicht dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, sondern es ist der Begriff derselben gesetzlich in einer Beilage zu Art. 73 bestimmt, und zwar für die orthodoxe, römisch-katholische und die armenisch-gregorianische Kirche besonders.

Die Strafe ist nach dem Orte und den Umständen der Begehung in der Weise abgestuft, dass 1) zeitige Zwangsarbeitsstrafe[1]) oder Deportation zur Ansiedelung eintritt, wenn die

[1]) Der Höchstbetrag der zeitigen Zwangsarbeitsstrafe ist nach dem Gesetze fünfzehn Jahre, ihr Mindestbetrag vier Jahre; bei Korrektionshaus ist der Höchstbetrag sechs Jahre, der Mindestbetrag anderthalb Jahre; bei Festungshaft ein Jahr bzw. zwei Wochen; bei Gefängnis ein Jahr bzw. zwei Wochen; bei Haft sechs Monate bzw. ein Tag.

Handlung bei Abhaltung des öffentlichen Gottesdienstes oder in einer Kirche verübt worden; 2) Deportation zur Ansiedelung, wenn die Handlung in einer Kapelle, oder in einem christlichen Bethause, oder öffentlich, oder in verbreiteten oder öffentlich ausgestellten Presserzeugnissen, Schriften oder Abbildungen verübt worden; 3) Korrektionshausstrafe bis zu drei Jahren oder Festungshaft bis zu drei Jahren, wenn die Handlung zu dem Zwecke verübt wurde, unter den Anwesenden Ärgernis zu erregen.

Haft tritt, wenn die Handlung unter den bezeichneten Umständen, jedoch aus Unverstand, Unwissenheit oder in trunkenem Zustande begangen wurde.

Es ergibt sich, dass das Gesetz nicht jede Gotteslästerung schlechthin straft, sondern diejenige, welche an einem bestimmten Orte begangen wurde, oder Ärgernis zu erregen geeignet ist oder in der Absicht, Ärgernis zu erregen, verübt wurde.

II. Das sog. Koschtschúnstwo – der Begriff entsprach nach Art. 182 des alten Strafgesetzbuchs der Religionsspötterei, ist aber jetzt weiter gefasst — umfasst nach Art. 74: 1) die Schmähung von Einrichtungen oder Gebräuchen der rechtgläubigen Kirche oder überhaupt des Christentums; 2) die tätliche Beschimpfung und die Schmähung der durch den Gebrauch beim orthodoxen oder einem andern christlichen Gottesdienst geweihten Gegenstände; 3) die ungebührliche Verspottung heiliger Gegenstände oder der in Art. 73 genannten Gegenstände des Glaubens.

Der Begriff der „geweihten" Gegenstände wird in Beilage II zu Art. 74 gesetzlich fixiert, und zwar für die orthodoxe, römisch-katholische, armenisch-gregorianische und die evangelisch-protestantische Kirche besonders.

Die Strafe wird nach denselben Gesichtspunkten wie in Art. 73 abgestuft, und zwar tritt Gefängnis nicht unter sechs Monaten ein bzw. Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Haft.

III. Die Verübung von Unfug in Kirchen und die Störung des christlichen Gottesdienstes fasst Art. 45 zusammen, und zwar wird: 1) mit Haft bis zu drei Monaten bedroht unanständiges Schreien, Lärmen oder sonstiges ungebührliches Benehmen, welches die Abhaltung eines öffentlichen

christlichen Gottesdienstes stört, oder welches in einer Kirche, Kapelle oder in einem christlichen Bethause verübt wird; 2) mit Haft, wenn infolge eines solchen ungebührlichen Benehmens der Gottesdienst unterbrochen oder wenn die Handlung von einer Menschenmenge begangen wurde; 3) Gefängnisstrafe, wenn die Handlung zu dem Zwecke begangen wurde, die Abhaltung des Gottesdienstes zu stören; 4) Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten bis zu einem Jahre, wenn die letztgenannte Handlung eine Unterbrechung des Gottesdienstes zur Folge hatte oder wenn sie von einer Menschenmenge begangen wurde.

IV. Die folgenden Artikel 76 und 77 statten die nichtchristlichen Bekenntnisse — Juden, Mohammedaner und Heiden — mit einem analogen, jedoch begrenzten und wesentlich abgeschwächten Strafschutz aus. Mit Haft wird bestraft die Schmähung eines in Russland anerkannten nichtchristlichen Glaubensbekenntnisses und die tätliche Beschimpfung oder Schmähung eines Gegenstandes der religiösen Verehrung dieses Glaubensbekenntnisses, sofern die Handlung in einem Bethause eines nichtchristlichen Glaubensbekenntnisses oder bei der öffentlichen Abhaltung eines gemeinschaftlichen religiösen Dienstes dieses Glaubensbekenntnisses begangen wurde. Die Strafe wird auf Haft bis zu einem Monate oder Geldstrafe bis auf hundert Rubel ermässigt, wenn die Handlung aus Unverstand, Unwissenheit oder in trunkenem Zustande begangen wurde.

Mit Haft bis zu drei Monaten bedroht sodann der von der Besonderen Konferenz aufgenommene Art. 77 unanständiges Schreien, Lärmen oder sonstiges ungebührliches Benehmen, wenn infolgedessen der gemeinschaftliche religiöse Dienst eines in Russland anerkannten nichtchristlichen Glaubensbekenntnisses unterbrochen wurde, sofern die Handlung öffentlich oder in einem Bethause dieses Glaubensbekenntnisses verübt wurde.

V. Der Tatbestand des Art. 78 bezieht sich auf die christliche Beerdigung und beruht auf dem Gesetz vom 13. Mai 1891. Mit Haft bis zu drei Monaten wird bestraft, wer einen Christen nicht nach christlichem Ritus beerdigt, sofern zur Beobachtung dieses Ritus die Einladung eines Geistlichen des betreffenden Bekenntnisses ohne erhebliche Schwierigkeiten möglich war. Täter kann nur derjenige sein, welcher vermöge seiner

Familienstellung, seiner besonderen Beziehungen zum Verstorbenen oder nach seiner amtlichen Stellung über die Bestattung zu verfügen hatte.

VI. Die Entwendung von Leichen und die Leichenschändung bedroht Art. 79, und zwar wird mit Korrektionshaus bis zu drei Jahren bestraft die Entwendung oder tätliche Beschimpfung einer der Erde bereits übergebenen oder noch nicht übergebenen Leiche. Korrektionshaus nicht unter drei Jahren tritt ein, wenn der Täter eine die Sittlichkeit verletzende Handlung an der Leiche verübt hat. Die Strafe wird auf Gefängnis bis zu sechs Monaten ermässigt, wenn die betreffenden Handlungen aus Aberglauben, Unverstand, Unwissenheit oder in trunkenem Zustande begangen worden sind.

VII. Eine weitere Gruppe von Religionsverbrechen bilden die Angriffe auf die Freiheit der Ausübung der Religion. Mit Gefängnis bedroht Art. 86: 1) die Nötigung jemandes mittels Gewalt an der Person oder strafbarer Drohung zur Verrichtung eines durch die Vorschriften des Bekenntnisses, zu dem der Genötigte gehört, verbotenen oder nicht erlaubten Gottesdienstes oder religiösen Gebrauches, sowie die Nötigung zur Teilnahme an diesem Gottesdienste oder Gebrauche; 2) die Hinderung jemandes mittels Gewalt an der Person oder strafbarer Drohung, einen durch die Vorschriften eines in Russland anerkannten Bekenntnisses, zu dem der Genötigte gehört, vorgeschriebenen Gottesdienst oder religiösen Gebrauch zu verrichten oder daran teilzunehmen. Gefängnis nicht unter drei Monaten tritt ein, wenn diese Nötigung oder Hinderung an einem Priester eines christlichen Bekenntnisses oder an einem Geistlichen eines nichtchristlichen Bekenntnisses begangen wurde. Der Entwurf bedrohte auch den Versuch der Nötigung, während das Gesetz den Eintritt des Erfolges, der abgenötigten Handlung oder Unterlassung erfordert. Einen Spezialfall regelt Art. 81, der sich auf ein im Jahre 1896 revidiertes Gesetz vom Jahre 1887 stützt; darnach verwirkt eine Geldstrafe bis zu fünfzig Rubel ein Nichtchrist, welcher ohne Gewalt an der Person oder strafbare Drohung einen bei ihm im Dienste, in der Handwerkslehre oder in Arbeit stehenden Christen hindert, eine religiöse Pflicht seines Bekenntnisses zu erfüllen oder an

der Feier eines Sonn- oder Festtages seines Bekenntnisses teilzunehmen.

VIII. Die eingehenden Bestimmungen über die Verleitung zum Abfall oder zur Häresie gliedern sich in folgende Tatbestände:

1) die Verleitung eines Christen zum Übertritt zu einer nichtchristlichen Religion mittels Missbrauch der Gewalt, Nötigung, Verlockung durch Versprechen von Vorteilen oder mittels Täuschung wird nach Art. 82 mit Korrektionshaus bis zu drei Jahren oder Festungshaft bis zu drei Jahren bestraft. Wenn aber Gewalt an der Person oder strafbare Drohung angewendet wurde, so tritt Zwangsarbeitsstrafe bis zu sechs Jahren oder Deportation zur Ansiedelung ein; 2) die Verleitung eines Orthodoxen zum Übertritt zu einem andern christlichen Bekenntnis unter Anwendung der in Satz 1 Art. 82 genannten Mittel wird mit Festungshaft bis zu drei Jahren, bei Anwendung von Gewalt an der Person oder strafbarer Drohung mit Deportation zur Ansiedelung bestraft, Art. 83; 3) die Verleitung eines Orthodoxen zum Übertritt zu einer bereits bestehenden oder neu gepredigten rasskóljnistischen Lehre oder Sekte unter Anwendung der in Satz 1 Art. 82 genannten Mittel wird mit Deportation zur Ansiedelung bestraft, bei Anwendung von Gewalt an der Person oder strafbarer Drohung tritt Zwangsarbeitsstrafe bis zu sechs Jahren oder Deportation zur Ansiedelung ein, Art. 84 Abs. 1 und 2; ist die Zugehörigkeit zu einer solchen Lehre oder Sekte mit fanatischen Angriffen auf das eigene oder fremdes Leben oder mit Selbstentmannung oder Entmannung anderer oder mit offenbar unsittlichen Handlungen verbunden, so tritt Deportation zur Ansiedelung in besonders hierfür bezeichnete Gegenden ein, bei Anwendung von Gewalt an der Person oder strafbarer Drohung tritt Zwangsarbeitsstrafe bis zu acht Jahren ein, Art. 84 Abs. 3 u. 4; denselben Strafen unterliegt ein Anhänger der Sskopzensekte oder einer andern oben bezeichneten fanatischen Lehre, welcher einen Andersgläubigen, christlichen oder nichtchristlichen Bekenntnisses, zum Übertritt zu seiner Lehre verleitet, Art. 84 Abs. 5; 4) die Entmannung mit Einwilligung des zu Entmannenden, sei es eines zur Sskopzensekte bereits Gehörigen, sei es eines dazu noch nicht Gehörigen wird mit Zwangsarbeitsstrafe

bis zu sechs Jahren bestraft, sofern die Handlung im letzten Falle zu dem Zwecke verübt wurde, denselben zum Übertritt zu der Sekte zu verleiten. Bei Anwendung von Gewalt an der Person oder strafbarer Drohung tritt Zwangsarbeitsstrafe bis zu zehn Jahren ein, Art. 85; 5) Ein Mohammedaner, Jude oder Heide, welcher mittels Missbrauch der Gewalt, Nötigung, Verlockung durch Versprechen von Vorteilen oder Täuschung einen russischen, einem fremden Stamme angehörigen Untertan nichtchristlichen Bekenntnisses zum Übertritt zu einer andern nichtchristlichen Religion verleitet, wird mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft, Art. 86; 6) die Verleitung eines andern zum Übertritt von einem Bekenntnisse zum andern, und zwar mittels Gewalt an der Person oder strafbarer Drohung, wird mit Korrektionshaus bis zu drei Jahren bestraft, wenn nicht nach Art. 82 bis 84 eine härtere Strafe eintritt, Art. 87.

Die Verleitung zum Abfall oder zur Häresie setzt begrifflich eine Einwirkung auf Personen voraus, welche bereits fähig sind, ihre religiösen Überzeugungen zu bestimmen; das Gesetz ergänzt die bezüglichen Bestimmungen durch Vorschriften über die Erziehung der Kinder, wobei jedoch der vorbildliche Tatbestand des Art. 190 des alten Gesetzbuches eine Einschränkung erfahren hat. Es werden 7) mit Festungshaft bis zu drei Jahren bestraft Eltern oder Vormünder, welche nach Gesetz verpflichtet sind, ihr Kind oder Mündel unter vierzehn Jahren nach den Vorschriften der christlichen Religion zu erziehen, wenn sie an ihm religiöse Handlungen eines nichtchristlichen Bekenntnisses vollziehen lassen, Art. 88. Sind sie verpflichtet, das Kind oder Mündel nach den Vorschriften der orthodoxen Kirche zu erziehen und lassen sie demselben die Taufe oder ein sonstiges Sakrament eines andern christlichen Bekenntnisses erteilen, so tritt Festungshaft bis zu einem Jahre ein, Art. 89.

An die Vorschriften über die individuelle Propaganda schliesst sich Art. 90, welcher den Schutz der orthodoxen Kirche gegen Verleitung zum Abfall durch öffentliche Propaganda bezweckt. Es wird 8) mit Festungshaft bis zu einem Jahre oder mit Haft bestraft das öffentliche Halten oder Verlesen einer Predigt, Rede oder Schrift, sowie das Verbreiten oder öffentliche Ausstellen einer Schrift oder Abbildung, welche zum

Übertritt Orthodoxer zu einem andern Glaubensbekenntnis oder zu einer rasskóljnistischen Lehre oder Sekte anreizen, sofern diese Handlungen zum Zwecke der Verleitung Orthodoxer zum Übertritt begangen werden.

Dem Schutz der orthodoxen Kirche vor den Einwirkungen des Rasskóll auf ihre Glieder dienen die Bestimmungen der Art. 91 und 92. Mit Haft wird 9) ein Rasskóljnik oder Sektierer bestraft, welcher an einer, wie er weiss, orthodoxen Person oder an einer Person, welche nach den Vorschriften der orthodoxen Kirche zu taufen ist, nach seinem Ritus die Taufe oder eine andere geistliche Amtshandlung, welcher die Bedeutung der Aufnahme in den Rasskóll oder die Sekte zukommt, vollzieht. Derselben Strafe unterliegt ein Rasskóljnik oder Sektierer, welcher eine andere geistliche Amtshandlung an einer Person vollzieht, welche, wie er weiss, zur Zeit ihrer Vornahme sich zur orthodoxen Religion bekennt. Die öffentliche, gesetzlich verbotene Ausübung des Rasskóll wird nach Art. 92 mit Geldstrafe bis zu dreihundert Rubel bestraft.

10) Die Vorschriften der Art. 93 und 94 richten sich — nach Vorgang der Art. 193 und 1576 des alten Gesetzbuches und Gesetz vom 13. April 1893 — wider die Geistlichen andersgläubiger christlicher Bekenntnisse, welche Handlungen begehen, welche den gesetzlich verbotenen Abfall von der orthodoxen Kirche bekräftigen oder ihn begünstigen. Mit Geldstrafe bis zu dreihundert Rubel werden jene Geistlichen nichtorthodoxen christlichen Bekenntnisses bestraft, welche a) wissentlich an einem Gliede der orthodoxen Kirche nach ihrem Ritus die Konfirmation, die Firmelung oder eine andere heilige Handlung vornehmen, welcher die Bedeutung der Aufnahme in ein anderes christliches Bekenntnis zukommt, oder ein Kind, das, wie sie wissen, nach den Vorschriften der orthodoxen Kirche zu taufen ist, nach ihrem Ritus taufen oder die Vornahme der Taufe zulassen; b) wissentlich Glieder der orthodoxen Kirche zur Beichte zulassen oder zur Kommunion oder ihnen die letzte Ölung nach dem Ritus ihres Glaubensbekenntnisses erteilen; c) wissentlich minderjährigen Gliedern der orthodoxen Kirche katechetischen Unterricht ihres Glaubensbekenntnisses erteilen; d) wissentlich die Ehe eines Anders-

gläubigen mit einer Person orthodoxen Bekenntnisses vor deren Einsegnung durch einen orthodoxen Geistlichen einsegnen. Ausserdem wird der Schuldige im Falle der lit. a von seinem Kirchenamt auf die Dauer von drei Monaten bis zu einem Jahre enthoben, im Falle der Wiederholung auf die Zeit von einem bis zu drei Jahren oder auf Lebenszeit; im Falle der Wiederholung der in lit. b und c bezeichneten Vergehen wird er auf die Dauer von drei Monaten bis zu einem Jahre seines Amtes enthoben, im Falle der Wiederholung des in lit. d bezeichneten Vergehens auf die Dauer von drei bis zu sechs Monaten, Art. 93.

Ferner wird mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Rubel bestraft der Geistliche eines nichtorthodoxen christlichen Bekenntnisses, welcher a) wissentlich die Ehe zwischen einem Andersgläubigen und einer Person orthodoxen Bekenntnisses einsegnet, wenn die Ehe sodann nicht nach dem orthodoxen Ritus eingesegnet wurde; b) wissentlich die Ehe zwischen orthodoxen Personen einsegnet. Der Schuldige wird ausserdem seines Amtes auf die Dauer von drei Monaten bis zu einem Jahre enthoben, im Falle der Wiederholung auf die Dauer von einem bis zu drei Jahren oder auf Lebenszeit, Art. 94.

IX. Während das alte Strafgesetzbuch die auch nicht gewaltsame Hinderung des Übertritts zur orthodoxen Kirche, ferner die Nichtabhaltung vom Abfall von derselben unter gewissen Voraussetzungen mit Strafe belegt, Art. 191 und 192, so beschränkt sich das neue Strafgesetzbuch auf die Satzung des Art. 95, wonach mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft wird, wer jemanden, der zur orthodoxen Kirche übertreten wünscht, mittels Gewalt oder strafbarer Drohung am Übertritte hindert.

X. Die Zugehörigkeit zu einer rasskóljnistischen Lehre oder Sekte, welche mit fanatischen Angriffen auf das eigene oder fremde Leben oder mit Selbstentmannung oder Entmannung anderer oder mit offenbar unsittlichen Handlungen verbunden ist, wird mit Deportation zur Ansiedelung in für diese Verurteilten besonders bestimmten Gegenden bestraft Art. 96. Derselben Strafe unterliegt nach Art. 96 Abs. 2 die Selbstentmannung aus fanatischer Verblendung, während die Selbstver-

stümmelung im übrigen nur als Mittel der Verletzung der Wehrpflicht strafbar ist.

Die besondere Hervorhebung der Sskopzensekte rechtfertigen die Motive aus historischen Besonderheiten und aus der Bedeutung dieser Sekte für Russland. Während ihre charakteristische Betätigung sich auch in der nichtchristlichen Welt im Orient z. B. als Entmannung der Eunuchen findet, hat sie in der christlichen Welt ihren Ursprung in Byzanz genommen und in Russland zahlreiche Anhänger gefunden.

XI. Einen Fall der Amtsanmassung betrifft der Tatbestand des Art. 97, der erst auf Anregung des Ministers des Innern unter die Religionsverbrechen aufgenommen wurde. Mit Gefängnis wird bestraft, wer sich eigenmächtig die Würde eines Geistlichen eines christlichen Bekenntnisses aneignet und eine solche heilige Handlung vornimmt, welche nur von einem Geistlichen dieses Bekenntnisses vorgenommen werden kann. Hat der Schuldige eine Taufe oder die Trauung einer Ehe vollzogen, so tritt Korrektionshausstrafe ein.

XII. Auch der Tatbestand des Art. 98, welcher die Beleidigung eines orthodoxen Geistlichen betrifft, hat erst auf Vorschlag des h. Synod, und zwar nach Vorgang des Art. 216 des alten Strafgesetzbuchs, unter den Religionsverbrechen Aufnahme gefunden. Mit Gefängnis wird bestraft ein Nichtchrist oder andersgläubiger Christ, ein Rasskóljnik oder Sektierer, welcher einen orthodoxen Geistlichen beleidigt oder Gewalt an seiner Person im Sinne des Art. 475 — Versetzen eines Schlages oder Verübung einer andern gewaltsamen Handlung, welche die Körperintegrität verletzt — verübt, sofern die Handlung nicht während der Verrichtung des Gottesdienstes oder einer geistlichen Amtshandlung durch den Geistlichen, aber zu dem Zwecke geschieht, Geringschätzung gegen die orthodoxe Religion und Kirche auszudrücken. Ist aber die Handlung während der Verrichtung des Gottesdienstes oder einer geistlichen Amtshandlung seitens des Geistlichen begangen worden, so wird die Beleidigung mit Korrektionshaus bis zu drei Jahren, die Gewalt mit Korrektionshaus bestraft.

* * *

Vergleicht man diese Regelung der Religionsverbrechen mit derjenigen im alten Strafgesetzbuche, so wird man gerechterweise zugestehen müssen, dass das Strafgesetzbuch vom Jahre 1903 sowohl in der Begrenzung der Religionsverbrechen wie in den Strafdrohungen einen wesentlichen Fortschritt realisiert hat. Der Anschluss an das bisherige Recht war im allgemeinen durch das geltende Staatskirchenrecht vorgezeichnet und anderseits hätte eine auf gänzlich veränderten Anschauungen beruhende Neuregelung Widerstände wachgerufen, welche das Zustandekommen des ganzen Gesetzes ernstlich gefährdet hätten. Bedauerlich bleibt es, dass die wohlbegründeten Vorschläge der Minderheit der R.kommission nicht durchzudringen vermochten.

Bevor es dem neuen Russischen Strafgesetzbuch beschieden war, seinem vollen Umfange nach in Wirksamkeit zu treten — durch Gesetz vom 4./17. Juni 1904 sind der die Staatsverbrechen betreffende Teil und in Anwendung auf dieselben auch der Allgemeine Teil und ferner gewisse Bestimmungen des Besonderen Teils in Kraft erklärt worden, während die übrigen Teile auf 1./14. Januar 1906 in Wirksamkeit treten sollen — ist inzwischen der Kaiserliche Erlass vom 12./25. Dezember 1904 ergangen, welcher eine Revision der Gesetze über die Rechte der Rasskóljniki und der Personen, die nicht der orthodoxen Kirche angehören, verhiess. Die bezüglichen Fragen wurden vom Ministerkomitee in sechs Sitzungen geprüft und die gefassten Resolutionen vom Kaiser durch den Erlass vom 17./30. April 1905 über die Glaubensduldung bestätigt. Wenn dieser Toleranzerlass auch weit davon entfernt ist, die absolute Glaubens- und Gewissensfreiheit zu proklamieren — wie denn der Übertritt zu einer nichtchristlichen Religion zunächst verboten bleibt —, so bedeutet er doch zweifellos einen Wendepunkt in der Kirchenpolitik des Zarenreichs und einen bedeutungsvollen Schritt auf dem Wege der Erneuerung des russischen Staatslebens. Die religiös politischen Grundsätze, welche der Erlass verkündet, müssen ihre Rückwirkung auch auf dem Gebiete der Strafgesetzgebung äussern; es wurde denn auch bereits angeordnet, dass der II. Abschnitt des neuen Strafgesetzbuches einer Revision zu unterwerfen und dass es in dieser modifizierten Gestalt an Stelle des alten Strafgesetz-

buches zu treten habe. Von Bedeutung werden in strafrechtlicher Beziehung insbesondere folgende Sätze des Toleranzerlasses. Das bisherige Verbot des Übertritts von der orthodoxen Kirche zu einer andern christlichen Konfession ist beseitigt. Da das neue Strafgesetzbuch die bezüglichen Vorschriften des alten Strafgesetzbuches nicht aufgenommen, so behält es hierbei sein Bewenden. Folgeweise wird auch die Freiheit der Propaganda anerkannt werden müssen und demnach eine durchgreifende Revision der Bestimmungen über die Verleitung zum Übertritt von der orthodoxen Kirche zu einem anderen christlichen Bekenntnisse erforderlich sein, in dem Sinne, dass die nichtgewaltsame Verleitung straffrei bleiben müsste, wie dies bereits zwei Mitglieder der R.kommission in Vorschlag gebracht haben, während die gewaltsame als Freiheitsdelikt zur strafrechtlichen Ahndung gelangen müsste. Nun spricht allerdings das Ministerkomitee in den Motiven zu seinen Resolutionen seine Überzeugung dahin aus, dass die Freiheit der Propaganda nach wie vor als ein Vorzugsrecht der herrschenden orthodoxen Kirche anzuerkennen sei. Fast möchte es danach den Anschein gewinnen, als ob auf eine wesentliche Änderung der Vorschriften des Art. 83 f. nicht zu hoffen sei. In jedem Falle werden die Bestimmungen über die religiöse Propaganda und deren praktische Handhabung die charakteristische Probe bilden für den Geist, in welchem der Kaiserliche Erlass von Ostern 1895 ins Leben übersetzt wird. Wenn nach den Erklärungen des Metropoliten Antoni von St. Petersburg und Ladoga „der Kirche jede Gewalt fremd ist und sie es nicht für notwendig hält, die verirrten Kinder gegen ihren Willen und ihre Überzeugung festzuhalten", so erscheint es als eine Forderung der Logik wie der Billigkeit, die Bestimmungen des Art. 83 f. entweder auch auf Angehörige der orthodoxen Kirche zum Schutze der anderen christlichen Bekenntnisse auszudehnen oder sie gänzlich zu beseitigen.

Den Altgläubigen und Sektierern mit Ausnahme gemeingefährlicher Sekten gewährt der Erlass das Recht zum Abhalten des öffentlichen Gottesdienstes; der Tatbestand des Art. 92 wird demnach in Wegfall kommen. Der Bau, die Remonte und die Schliessung von Bethäusern der Altgläubigen

und Sektierer soll in Zukunft den allgemeinen Bestimmungen unterliegen, welche für Kirchen nichtorthodoxer Bekenntnisse gelten; hinfällig wird somit die Vorschrift des Art. 380. Endlich wird auch Art. 301 zu beseitigen sein.

Dem Geiste des Toleranzerlasses dürfte sodann eine weitere Milderung der Strafen entsprechen; insbesondere würden die strengen Strafen der Gotteslästerung und der Entweihung des Heiligtums im Einklang mit den Vorschlägen der Minderheit der R.kommission herabzusetzen sein — von den neuern Strafgesetzbüchern bedrohen nur noch diejenigen der Kantone Luzern Art. 117 und Obwalden Art. 53 diese Delikte mit Zuchthaus bis zu sechs Jahren. Auffallen muss auch das Missverhältnis, in dem die Strafen des Art. 73 und 74 zu derjenigen des Art. 76 stehen.

Was endlich die systematische Stellung der Religionsdelikte im Gesetzbuche betrifft, so ist es immerhin von Bedeutung, dass der Entwurf der R.kommission sie aus dem Zusammenhang mit den Staatsverbrechen losgelöst und sie als Angriffe auf Güter der bürgerlichen Gesellschaft behandelt hatte; früher oder später wird auch das Russische Strafrecht sich diese Auffassung aneignen und mit dieser grundsätzlichen Auffassung die materielle Behandlung der Religionsverbrechen in Einklang zu setzen haben.

Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere

(Konnossement, Ladeschein, Lagerschein)

von

Ernst Heymann

Die alte hartnäckige Streitfrage nach der dinglichen Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere — des Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins — ist nach der Neuregelung unseres Bürgerlichen Rechts und der damit zusammenhängenden Revision des Handelsgesetzbuchs wieder zu neuem Leben erwacht. Es ist das um so bedauerlicher, als unser grosser Verkehr in dieser Frage einer klaren Rechtslage dringend bedarf, und insbesondere auch unser Auslandsverkehr eine Gestaltung wünschen muss, welche scharf wirkt und möglichst mit dem sonst im internationalen Verkehr zur Anwendung kommenden Rechte im Einklang steht. Jährlich zirkulieren in Deutschland — wie man schätzen kann — Waren im Werte von Milliarden in der Form des Konnossements, dessen Funktion vom Lagerschein lediglich abgelöst wird, wenn die Ware im Hafen aus dem Schiff oder dem Leichter unmittelbar ins Dock wandert; dauernd steigt auch die Bedeutung des Ladescheins als Binnenkonnossement, in engster Verbindung mit dem Lagerschein der Speicher, die ihre Einrichtungen, zumal an Strömen und Kanälen, eng denen der Lagerhäuser in den grossen Seehäfen anpassen; daneben gewinnt der Lagerschein auch sonst in den einsichtigen kaufmännischen Kreisen immer mehr an Schätzung und wird — wie zu hoffen steht — bald eine gesetzliche Neugestaltung auf Grundlage des Zweischeinsystems [1])

[1]) R. Koch, Über Bedürfnis und Inhalt eines Warrantgesetzes in Buschs Arch. für Hand.-R. 1888 S. 1ff. Simonson, Beiträge zur Lehre vom Warrant, Schmollers Jahrbuch 9 S. 155ff., 230. Vgl. auch die Verhandlungen des 21. Juristentages, Gutachten von Hachenburg und Cohn II S. 196ff., Referat von Cosack, Korreferat von Simon III S. 156ff.

empfangen. Natürlich müssen bei derart für den Massenverkehr bestimmten Rechtsformen nicht nur die prinzipiellen Punkte, sondern selbst die kleinsten Einzelfragen höchste praktische Bedeutung gewinnen.

Darum mag es gestattet sein, die Frage, in der das Reichsgericht zum neuen Recht noch nicht Stellung genommen hat, auf den folgenden Zeilen zu besprechen [1]), berührt sie doch zugleich eine Reihe der feinsten Fragen des Sachenrechts, dessen Geschichte sich in ihr merkwürdig widerspiegelt, so dass sie auch über den Kreis des Handelsrechts hinaus das wissenschaftliche Interesse in Anspruch nimmt, und jeder sich mit ihr abgefunden haben muss, der in unser Mobiliarsachenrecht eindringen will.

I.

Bekanntlich war im Anfang des 19. Jahrhunderts in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis der Satz als Handelsgewohnheitsrecht anerkannt, dass „das Konnossement die Ware repräsentiert“, der „Konnossementsempfang dem Besitzerwerb gleichsteht“, oftmals gerechtfertigt, als Fall der „symbolischen Tradition“, eine Auffassung, die auch im preussischen Allgemeinen Landrecht festgelegt war. Zur Zeit, als man unter Führung Savignys zur streng römischen Besitzlehre zurückkehrte, änderte sich das: seit den zwanziger Jahren leugnete das Oberappellationsgericht Lübeck die Besitzübertragungswirkung des Konnossements und entzog damit nach dem damaligen Stande der gemeinrechtlichen Auffassung auch der sonstigen dinglichen Wirkung des Konnossements den Boden [2]); einflussreiche Schriftsteller wie Thöl und Gerber folgten. So kam es, dass man bei der Redaktion des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere höchst zurückhaltend gegenüberstand, und dass es Gerber gelang, den auf der Nürnberger Konferenz im Anschluss an den preussischen Entwurf bereits angenommenen Satz zu Fall zu bringen, dass die Übergabe des Ladescheins der

[1]) Vgl. meinen Vortrag über den Gegenstand in der 380. Sitzung der Juristischen Gesellschaft zu Berlin vom 11. März 1905 (46. Jahresbericht 1904/5).

[2]) Z. B. Seufferts Archiv 6 S. 340.

Übergabe des Guts gleichsteht. Nur mit Mühe wurde später der a. 649 des Allg. D. HGB.s durchgesetzt[1]:

> Die Übergabe des an Order lautenden Konnossements an denjenigen, welcher durch dasselbe zur Empfangnahme legitimiert wird, hat, sobald die Güter wirklich abgeladen sind, für den Erwerb der von der Übergabe der Güter abhängigen Rechte dieselben rechtlichen Wirkungen wie die Übergabe der Güter.

Damit begnügte man sich. Für Inhaber- und Rektakonnossement wurde eine entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen, ebensowenig für den Ladeschein und den Lagerschein. Dagegen wurde festgestellt, dass das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs sowie das kaufmännische Retentionsrecht bestehen, sofern der Gläubiger die Waren

> „noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere vermittelst Konnossemente, Ladescheine oder Lagerscheine, noch in der Lage ist, darüber zu verfügen“ (a. 313, 374 A. D. HGB.).

Für das gesetzliche Pfandrecht des Spediteurs und Frachtführers fand eine solche ausdrückliche Erwähnung der Taditionspapiere nicht statt (vgl. a. 382, 409 l. c.); im übrigen beschränkte man sich darauf, das Konnossement, den Ladeschein und (für staatlich ermächtigte Anstalten) den Lagerschein für indossabel zu erklären (a. 302 HGB.).

Angesichts dieser lückenhaften Bestimmungen und angesichts des drängenden Bedürfnisses nach möglichst entwickelten merkantilen Umlaufsmitteln suchte Wissenschaft und Praxis naturgemäss nach einem konstruktionellen Gesichtspunkt, welcher nicht nur den Gedanken einer bloss obligationenrechtlichen Wirkung des Orderkonnossements verscheuchte, sondern die Verallgemeinerung seiner dinglichen Wirkung für alle Konnossemente, sowie für Ladeschein und Lagerschein ermöglichte. Dass hier die Motive der juristischen Arbeit lagen, ist von grosser Bedeutung für die Beurteilung der älteren Praxis und Literatur und für die Frage ihrer Verwertbarkeit gegenüber dem heutigen Recht. Bei dem damaligen Stande der Dinge war es nötig,

[1] Zur Vorgeschichte vgl. Goldschmidt, Handbuch I 2 (1868) § 73 n. 31, und Boyens Seerecht II zu § 647 HGB.

die gesuchte Konstruktion der römischen Besitzlehre zu entnehmen, wenn man sich praktischen Erfolg versprechen wollte. Eine Reihe von Versuchen fand nicht hinreichenden Anklang: weder der Rückgriff auf die symbolische Tradition, noch die Auffassung des Abladers als Beauftragter oder Geschäftsführer des Destinatärs, noch die Annahme eines constitutum possessorium des Abladers zugunsten des Konnossementserwerbers, noch endlich die Konstruktion eines Besitzerwerbs des Schiffers als Mandatars oder negotiorum gestors des Konnossementsberechtigten drangen durch. Erst Goldschmidt[1]) gelang es, eine allgemein befriedigende Formel zu finden. Er bekämpfte die bisherigen Besitztheorien mit seiner Detentionstheorie: der Schiffer detentiert von der Konnossementszeichnung an für den jeweils aus dem Konnossement Empfangsberechtigten, der Ablader oder sonstige Papierinhaber kann daher nach Belieben durch Konnossementsbegebung die Detention, den juristischen Besitz, Eigentum, Pfandrecht auf einen Dritten übertragen; „die Konnossementsbewegung ist Bewegung der Warendetention und nur dieser". Diese Formulierung stand an innerer Wahrheit und Einfachheit hoch über den Besitztheorien; sie vermied vor allem deren Fiktionen eines Besitzwillens und ihre komplizierten Übereinandertürmungen von Besitzverhältnissen. So wurde sie von der Praxis, getragen von der Autorität ihres Schöpfers, bereitwillig aufgenommen und diente der Verallgemeinerung der dinglichen Papierwirkung: das Reichsoberhandelsgericht dehnte 1873 den art. 649 auf nicht an Order gestellte Konnossemente aus[2]), 1879 wendete es ihn auf die Lagerscheine an[3]), 1881 dehnte das Reichsgericht ihn auf Ladescheine aus[4]), immer unter Berufung auf Goldschmidt[5]).

Das Ziel war erreicht. Aber auch an Goldschmidts Lehre liessen sich gewisse Schwächen nicht leugnen. Wurde auch kein Besitzwille fingiert, so war doch der Detentionswille des

[1]) Handbuch des Handelsrechts I 2 § 73 S. 721 ff.

[2]) ROHG. 11 S. 415.

[3]) ROHG. 25 S. 355 ff.

[4]) RG. 5 S. 79.

[5]) Vgl. Goldschmidt in Goldschmidts Zeitschrift 29 (1884) S. 18 ff., ferner Entscheidungen des Reichsgerichts 9 S. 428, 32 S. 26 ff.

Schiffers in vielen Fällen reine Fiktion [1]. Schon vor der Publikation des A. D. HGB.s hatte Ihering in seinen Jahrbüchern warnend seine Stimme gegen jede derartige Konstruktion erhoben: sie sei „hervorgegangen aus dem Bestreben, ein Institut des modernen Rechts mit den Grundsätzen des römischen zu vereinigen; allein bei dem Frieden, den sie zwischen beiden herzustellen sucht, komme keins von beiden zu seinem ganzen Recht“ [2]. Iherings eigene Konstruktion, die er übrigens nur gelegentlich hinwarf, war freilich nicht glücklich [3]. Dagegen förderte Laband [4] die Lehre durch Betonung des Wertpapiercharakters des Konnossements gegenüber der romanistischen Auffassung, wenngleich auch er noch an der bloss obligatorischen Wirkung festhielt. Felix Dahn [5] betonte sodann mit vollem Recht, dass Besitz durch Konnossementsbegebung zwar übergehen könne, aber nicht immer übergehen müsse; im übrigen blieb auch er noch bei der obligatorischen Wirkung stehen. Weitergehend hatte Exner aber gleichzeitig mit der Goldschmidtschen eine Erklärung der Konnossementswirkung gegeben, welche ohne Verwertung von Besitz und Detention den Erwerb dinglicher Rechte mittels Konnossementsempfangs erklärte [6]: „Die Konnossementsübertragung ist eine vom modernen Handelsverkehr erzeugte neue Form des dinglichen Vertrags; sie besteht in der Einhändigung einer über das verfrachtete Vertragsobjekt in der durch den Handelsgebrauch festgestellten Form errichteten Urkunde. Sobald der im Zusammentreffen des animus accipiendi et transferendi gegebene dingliche Vertrag in diesem Akt verkörpert auftritt, hört er auf, „nudum pactum“ im Sinne einer rechtlich nicht durchgreifenden Verabredung zu sein, er wird zur vollwirksamen rechtserzeugenden Tatsache; es

---

[1] Vgl. Exner, Kr. V. Schr. 13 (1871) S. 303 ff., Strohal, Sukzession in dem Besitze S. 213 ff., Pappenheim, Zeitschr. f. HR. 42 S. 306. Vgl. im allgemeinen Lenel, Dogm. Jahrb. 36 S. 42 ff.

[2] l. c. I S. 179.

[3] Er wollte mit der Annahme einer Vindikationszession helfen; treffend widerlegt von Goldschmidt, Hdb. I S. 706, G. Beyerlein, Besitzerwerb durch Konnossement S. 5.

[4] Laband, Zeitschrift für deutsches Recht 19 S. 126.

[5] Dahn, Deutsches Rechtsbuch S. 319 ff.

[6] Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, 1867 S. 208 ff.

steht also diese für spezielle Verhältnisse ausgebildete Form des dinglichen Vertrags nach gemeinem, partikularrechtlich vielfach sanktioniertem Gewohnheitsrecht jenen allgemeinen Formen, der Tradition und Ingrossation, gleichwirksam zur Seite". Exner wies zur Begründung auf die Hauptaufgabe des Konnossements hin, den Rechtserwerb vom Sacherwerb unabhängig zu machen und damit Zeit zu sparen. Er erklärte das Papier „als Träger nicht bloss des obligatorischen Rechts oder eines Komplexes solcher Rechte, sondern einer dinglichen Berechtigung"; „das zu bestellende dingliche Recht selbst ist im Konnossement inkorporiert und frei transferiebel gemacht, so dass es auf Grund beiderseitigen Konsenses durch die Übernahme des Papiers erworben wird". Exner dachte sich dabei das ganze Institut neuen Ursprungs. Auf den tieferen Zusammenhang der Dinge deutete dann aber Brunner[1]); er fasste als erster Konnossement, Ladeschein, Lagerschein als Traditionspapiere zusammen und wies auf die alten Anknüpfungspunkte im frühmittelalterlichen Recht hin. Dieser Richtung folgten andere, insbesondere Strohal und Kohler[2]), ferner namentlich Karl Adler[3]) und wohl auch Staub[4]). Indessen hat sich diesen Angriffen gegenüber die Goldschmidtsche Theorie in der Literatur zunächst im ganzen behauptet[5]); freilich mit vielfachen Modi-

---

[1]) Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 22 (1877) S. 525 f., Forschungen S. 607. Vgl. Brunner in Endemanns Handbuch II S. 150.

[2]) Strohal, Sukzession in den Besitz, 1885 S. 212 ff., der daneben in der Papierbegebung einen Fall seines derivativen Besitzerwerbs erblickte. Kohler, Grünhuts Zeitschr. 14 S. 167.

[3]) Karl Adler, Das österreichische Lagerhausrecht (1892) S. 170 ff. Handwörterbuch der Staatswissenschaften s. v. Warrant Z. 4 a; sowie in Grünhuts Zeitschr. 22, 342.

[4]) Staub, Kommentar zum alten HGB. a. 415 § 7, 413 § 5, 303 § 2. Graf Rothkirch-Trach, Welche Grundsätze entscheiden den Widerstreit mehrerer Konnossemente S. 37. Nahe scheint dieser Auffassung auch Schott in Endemanns Handbuch III S. 427 f. zu stehen. Vgl. auch Windscheid-Kipp, Pandekten I § 155 n. 6a.

[5]) Lewis in Endemanns Handbuch IV S. 186 ff., Endemann, daselbst II S. 38 ff. mit Abweichungen: Cosack, Handelsrecht § 93 bei n. 24, Schmidt-Scharff, Das Warenpapier 1887, Randa, Besitz § 68, derselbe, Eigentum 1893 [2] § 12 S. 319 ff., Meischeider, Besitz und Besitzschutz, 1876 S. 302 ff.; A. Simonson in Schmollers Jahrbuch Bd. 9 S. 170. Verwandt ist die Auffassung

fikationen; am weitesten ging dabei Dernburg, welcher der gegnerischen Meinung sehr nahe kam, indem er den Besitzübergang vom Willen des Schiffers ganz unabhängig zu stellen suchte: „Der Inhaber des Konnossements ist als Besitzer der in ihm verzeichneten Waren anzusehen, trotz ihrer Entfernung, trotzdem, dass ihm eine physische Einwirkung auf sie erst nach längerer Zeit möglich ist; denn der Inhaber des Konnossements kann nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Sicherheit auf die Verfügung über die Waren nach Ankunft des Schiffes zählen" [1]).

So lagen die Dinge bei der Entstehung unserer neuen Reichsgesetzgebung. Diese fand bekanntlich bereits einige Fälle vor, in denen die Grundgedanken des a. 649 HGB. auch gesetzgeberisch anderweit verwertet worden waren. Der § 14 [2] n. 1 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung gewährte dem Pfandgläubiger ein Absonderungsrecht im Konkurse „ohne Übergabe der Sache, sofern: nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waren oder andere bewegliche Sachen der Übergabe derselben, . . . gleichsteht", und zwar werden dabei als gleichgeartete Fälle die Schiffsverpfändung durch Registrierung oder Übergabe der Schiffsurkunden sowie die Verbodmung genannt. Preussen hatte demgemäss in § 5 des preussischen Ausführungsgesetzes bestimmt:

> Im Geltungsbereich des gemeinen Rechts steht bei Verpfändung von aufgespeicherten oder niedergelegten Waren, Fabrikaten, Boden- oder Bergwerkserzeugnissen, sowie auf dem Transport befindlichen Gütern die Übergabe des auf den Gläubiger übertragenen Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins oder ähnlichen Papiers der Übergabe der Sache gleich, sofern der Gläubiger mittels des Papiers in der Lage ist, über den Gegenstand der Verpfändung zu verfügen.

---

von J. A. Levy, Der Warrant, Arch. für bürg. R. Bd. 2 S. 324. — Goldschmidt folgen auch die Dissertationen von L. Pink, Halle (1881) S. 44 ff., und S. Engländer, Erlangen (Pleschen 1896) S. 31 ff.

[1]) Dernburg, Pandekten I 2 § 178 S. 22, vgl. dazu Beyerlein, Besitzerwerb durch Konnossement (S. 11), dieser hat eine eigenartige Konstruktion versucht, welche m. E. dem Wesen des Besitzes nicht gerecht wird.

Diese Bestimmung, in der im Grunde nur ein landrechtlicher Satz auf die gemeinrechtlichen Gebiete ausgedehnt wurde [1]), ist in den beiden Mecklenburg, in Altenburg, Koburg-Gotha, Meiningen, Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudolstadt, Anhalt, Lippe-Detmold, den beiden Reuss und (durch Gesetz vom 25. Juli 1879) in Hamburg nachgeahmt worden [2]).

Es war die ausgesprochene Absicht [3]) der neuen Gesetzgebung, die unter Goldschmidts Führung von der Praxis bereits erfolgte Ausdehnung des in a. 649 HGB. ausgesprochenen Prinzips gesetzlich festzulegen. Zunächst bestimmt § 72 des Binnenschiffahrtsgesetzes vom 15. Juli 1895:

> Die Übergabe des Ladescheins an den legitimierten Besitzer hat, sobald die Güter von dem Frachtführer übernommen sind, für den Erwerb der von der Übergabe abhängigen Rechte dieselben rechtlichen Wirkungen wie die Übergabe der Güter.

Im neuen Handelsgesetzbuch wurden dann für Lagerschein, Ladeschein und Konnossement übereinstimmende Bestimmungen aufgenommen:

> § 424. Ist von dem Lagerhalter ein Lagerschein ausgestellt, der durch Indossament übertragen werden kann, so hat, wenn das Gut von dem Lagerhalter übernommen ist, die Übergabe des Lagerscheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Guts legitimiert wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselbe Wirkungen wie die Übergabe des Guts (§ 398 des Entwurfs, Amtliche Ausgabe, Guttentag 1896, § 416 der Reichstagsvorlage).

---

[1]) I 20 ALR. §§ 329—379 und dazu Einf.-Ges. der preussischen Konkursordnung für Hohenzollern vom 31. Mai 1860 a. VIII, für den Bezirk des Justizsenats Ehrenbreitstein vom 3. Februar 1864 a. VIII (vgl. Entwurf des Redaktors Bd. III S. 1817).

[2]) Zusammenstellung in der Begründung des Redaktors III S. 1818 n. 1. Eine weitere reichsrechtliche Verwendung der Formel des a. 649 schon in § 6 RG. vom 21. Juli 1870 betr. Gründung öffentlicher Darlehnskassen. Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, 1892 S. 649.

[3]) Vgl. S. 248, 254, 265, 283 der Denkschrift zum Handelsgesetzbuchsentwurf.

§ 450. Die Übergabe des Ladescheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Guts legitimiert wird, hat, wenn das Gut von dem Frachtführer übernommen ist, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen, wie die Übergabe des Gutes (§ 424 des Entwurfs l. c. § 442 Reichstagsvorlage).

§ 647. Die Übergabe des Konnossements an denjenigen, welcher durch das Konnossement zur Empfangnahme legitimiert wird, hat, sobald die Güter von dem Schiffer oder einem andern Vertreter des Rheders zur Beförderung übernommen sind, für den Erwerb von Rechten an den Gütern dieselbe Wirkung wie die Übergabe der Güter (§ 639 Reichstagsvorlage).

Der jetzige § 450 sollte nach dem Entwurf ursprünglich nur für Orderladescheine gelten, wurde aber dann verallgemeinert.

Im Anschluss an a. 313, 374 des alten Handelsgesetzbuchs wurde ferner in mehreren gleichförmig gefassten Vorschriften die Fortdauer des kaufmännischen Retentionsrechts sowie die gesetzlichen Pfandrechte[1]) an die Traditionspapiere geknüpft:

§ 369. Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann (§ 361 Reichstagsvorlage, vgl. a. 313 a. HGB.).

---

[1]) Für das gesetzliche Pfandrecht des Seeverfrachters bestimmt § 623: „Der Verfrachter hat wegen der im § 614 erwähnten Forderungen ein Pfandrecht an den Gütern. Das Pfandrecht besteht, solange die Güter zurückbehalten oder hinterlegt sind; es dauert auch nach der Ablieferung fort, sofern es binnen 30 Tagen nach Beendigung der Ablieferung gerichtlich geltend gemacht wird und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist". Die Fassung entspricht übrigens dem a. 409 HGB. (gesetzliches Frachtführer-Pfandrecht).

§ 397. Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen . . . (§ 389 Reichstagsvorlage, a. 374 a. HGB.).

§ 410. Der Spediteur hat wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen, sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute, sofern er es noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann (§ 402 Reichstagsvorlage, anders a. 182 a. HGB.).

§ 421. Der Lagerhalter hat wegen der Lagerkosten ein Pfandrecht an dem Gute, solange er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann (§ 413 Reichstagsvorlage).

§ 440². Das Pfandrecht (sc. des Frachtführers) besteht, solange der Frachtführer das Gut noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann (§ 432² Reichstagsvorlage, anders 409 a. HGB.).

Damit war der Ausdehnung des Dinglichkeitsprinzips in weitestem Umfange Rechnung getragen. Die alte Konstruktionsfrage zu lösen, konnte an sich nicht als Aufgabe der Gesetzgebung betrachtet werden. Unter den praktischen Konsequenzen der Konstruktion aber stand die Ausdehnungsfrage durchaus im Vordergrund; sonstige Folgerungen wurden, soweit nicht die dingliche Wirkung zugunsten einer rein obligatorischen ganz ausgeschlossen wurde, in der Praxis gar nicht, in der Literatur kaum erwähnt[1]). So mochte die gewählte Fassung unbe-

---

[1]) Freilich hatte Kohler, Grünhuts Zeitschrift 14 S. 167, betont, dass die Detentionstheorie die Eigentumsfrage unbefriedigend beantwortete, wenn das Gut von Piraten geraubt war. Dass mit diesem romantischen Beispiel nur ein besonders drastischer Fall des Detentionsverlustes getroffen werden sollte, ist wohl nicht immer genügend beachtet worden.

denklich erscheinen. Pappenheims und K. Adlers Warnungen[1]) wurden nicht beachtet.

Die letzten Jahre haben gezeigt, dass die Konsequenzen der Konstruktionsfrage unter dem neuen Recht viel bedeutsamer sind, als man bei der Redaktion der neuen Gesetze angenommen haben mag, und dass sie sich zum Teil nach ganz anderen Richtungen als bisher erstrecken[2]). Der Grund liegt

---

[1]) Pappenheim, Transportgeschäft S. 65 ff. K. Adler, Die Umgestaltung des Handelsrechts in Holdheims Monatsschrift VI (1897) Nr. 1 S. 9.

[2]) Vgl. hierzu und zum folgenden: Biermann, Sachenrecht 1903² zu § 870 S. 41, zu § 934 S. 143, zu § 936 S. 147, zu § 1205 S. 433; Boyens (-Lewis) Seerecht II 1903 zu § 647 ff.; Burchard, Das Lagergeschäft nach dem neuen Handelsgesetzbuch in Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen 1900 Bd. 16 S. 184 ff.; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 1903 § 93; Dernburg, Bürgerliches Recht 1901 III § 101; Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch 1901 zu § 363 S. 447, zu § 364 S. 447, zu § 369 S. 564; Gareis, Das Deutsche Handelsrecht 1903 S. 348. O. Gierke, Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie I⁶ S. 977; Hellwig, Die Verträge auf Leistungen an Dritte 1899 S. 344 ff., S. 497 ff.; Hillenkamp, Das Lagerrecht nach dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, Marburger Diss. 1897; Jacobi, Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs 1901 S. 271 ff., S. 302 ff.; v. Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier 1902; H. O. Lehmann, Birkmeyers Enzyklopädie S. 53, S. 80, S. 95; K. Lehmann in K. Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch zu § 424, 450; P. Leutke, Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft, 1905 S. 45 f.; Lieser, Das Lagergeschäft und der Lagerschein, Erlanger Diss. 1899 S. 54 ff.; Makower, Handelsgesetzbuch 1904 zu § 424; Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht 1903 I S. 306 ff.; Pappenheim, Das Transportgeschäft nach dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs 1896 S. 65 ff.; H. Pfeiffer, Konnossement und Ladeschein, Diss., Borna-Leipzig 1904, S. 37 ff.; Frh. v. Rueppreeht, Das Recht der Lagergeschäfte, Tübinger Diss. 1899 S. 55 ff.; Schaps, Das Deutsche Seerecht 1903 zu §§ 647 ff.; Staub, Handelsgesetzbuch 1900 Anm. 31 ff. zu § 363, Anm. 10 zu § 365, Anm. 41 zu § 366, Anm. 1 zu § 424, Anm. 1 zu § 450; Staudinger-Kober, Sachenrecht 1903² zu §§ 870, 929, 931 etc.; Strohal, Sachbesitz des BGB., Dogm. Jahrb. 1898, 38 S. 94 ff.; Wimpfheimer, Der Lagerschein nach deutschem Recht 1903 S. 30 ff. — L. A. Grundtvig, Konnossementet I 1902, befasst sich mit der Frage der dinglichen Wirkung nicht, vgl. K. Lehmann, Zeitschr. f. HR. 54 S. 352. Erst nach Ablieferung der vorliegenden Schrift zum Druck kamen mir die Ausführungen von O. Gierke, Deutsches Privatrecht II 1905 § 115 S. 233, § 133 S. 547 n. 11, § 170 S. 974 n. 16, sowie von Düringer-Hachenburg, Kommentar (III 1905) zu § 424

in den veränderten allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb dinglicher Rechte. So musste die Konstruktionsfrage neu auftauchen, und die Literatur des neuen Rechts zeigt schon eine ganze Reihe von Beurteilungen, die sich unerfreulich widersprechen. Es handelt sich dabei bisweilen um eingehende Ausführungen, vielfach nur um gelegentliche Bemerkungen; oftmals wird zu der Hauptfrage selbst keine feste Stellung eingenommen; in anderen Fällen hält man sich lediglich an die alten Reichsgerichtserkenntnisse. Immerhin lassen sich doch wieder zwei Hauptrichtungen unterscheiden. Die einen wollen die Vorschriften über den Erwerb dinglicher Rechte mittels Traditionspapiers auf die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Rechts zurückführen: nur soweit durch die Traditionspapierbegebung diesen genügt ist, soll die dingliche Rechtsverschiebung sich vollziehen. Diese Theorie hat manches Gemeinsame mit der alten Goldschmidtschen Detentionslehre, stützt sich vielfach auf sie, stimmt aber durchaus nicht mit ihr überein; man kann sie als die relative Theorie bezeichnen. Sie wird vertreten von Boyens, Mittelstein, Schaps, Cosack, Düringer-Hachenburg, Jacobi, im Prinzip auch von Otto Gierke; ferner mit ganz anderer Wendung von K. Hellwig und Makower[1]). Ihre Gegner lehnen eine Zurückführung der Traditionspapierwirkung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze ab und behandeln die Papierbegebung — entsprechend der alten Exner-Brunnerschen Auffassung — als eine besondere eigenartige Form des Erwerbs von Sachenrechten; die Papierbegebung hat danach also absolute Bedeutung für den Rechtserwerb. Dieser Standpunkt wird von Brunner[2]), Strohal, Pappenheim, K. Adler, Gareis, Biermann, wohl auch von Staub, Burchard,

---

S. 523 ff. und zu § 450 S. 634 zu. Sie konnten im folgenden nicht mehr im einzelnen herangezogen werden, sind aber sachlich berücksichtigt, da der Standpunkt der Verfasser bekannt war.

[1]) Hierher gehört wohl auch Dernburg, der sich aber etwas zurückhaltend geäussert hat; vgl. ferner v. Rueppricht, Lieser.

[2]) Brunner in der 380. Sitzung der Juristischen Gesellschaft l. c. unter Hinweis auf Schiffsübereignung und Verbodmung.

[3]) Vgl. Staub besonders zu § 363 n. 33 und § 365 n. 10. Burchard S. 363 scheint mir den Standpunkt für den Orderlagerschein zu vertreten.

Staudinger-Kober vertreten[3]). Eine prinzipielle Stellungnahme vermeidet K. Lehmann[1]). Gelegentlich wird eine Vermittelung zwischen beiden Richtungen versucht, so von v. Kostanecki und Wimpfheimer[2]). Im folgenden soll eine Lanze für die absolute Wirkung der Traditionspapiere gebrochen werden, die eine eingehendere Vertretung für das geltende Recht bisher nicht gefunden hat.

II.

Bevor die Übertragung der dinglichen Vollrechte besprochen wird, empfiehlt es sich, einen Blick auf die Besitzfrage für sich allein zu werfen und festzustellen, wie nach dem heutigen Besitzrecht die Besitzverhältnisse bei Ausstellung und Begebung des Traditionspapiers liegen. Es wird dabei — wie im folgenden auch sonst — der Einfachheit wegen mitunter nur vom Konnossement, als dem wichtigsten Fall der Traditionspapiere, zu sprechen sein; für die hier in Betracht kommenden Fragen gelten in der Regel die gleichen Sätze auch in Ansehung des Ladescheins und Lagerscheins. Dabei steht das an Order gestellte Traditionspapier als praktisch wichtigster Fall im Vordergrund.

1. Wenn Waren vom Schiffer oder Rheder zur Beförderung übernommen, oder dem Lagerhalter zur Verwahrung übergeben sind, so erhält der Schiffer, Rheder, Lagerhalter unmittelbaren Besitz, der Ablader bzw. Einlagerer ist mittelbarer Besitzer.

Manche Vertreter der absoluten Wirkung, wie z. B. Kohler, haben sich nur noch nicht zum neuen Recht geäussert.

[1]) Er wendet sich in seiner Darstellung gegen die Verwendung der Besitzvorschrift des § 871 (870) BGB. zur Konstruktion (Anm. 2 zu nr. 11); er greift aber in einer wichtigen Konsequenz der absoluten Theorie Strohal und K. Adler an, während er im übrigen der absoluten Theorie in den Einzelheiten nahe steht.

[2]) Wimpfheimer neigt prinzipiell der absoluten Theorie zu. v. Kostanecki nimmt für das Einscheinsystem an (S. 38), das Papier gewähre einerseits „positive Detention" und im Anschluss daran auch „positive Sachenrechte", andererseits „präsumptives Eigentum". Da das „präsumptive" sich aber als Nichteigentum erweisen muss, wenn kein „positives" durch Detention vermitteltes Eigentum dahinter steckt, so ist Kostanecki im Grunde Anhänger der relativen Theorie. Dem entspricht seine Stellungnahme auf S. 157. Übrigens behandelt er das Recht des BGB. und des neuen HGB.s nicht. Vgl. über ihn Simonson, Zeitschr. f. HR. 53 S. 383 ff.

Dass der Schiffer oder sonstige Übernehmer der Waren nicht etwa bloss Besitzdiener wird, ergibt sich aus seiner ganzen selbständigen Stellung, die aus allen Frachtverträgen, Lagerhausordnungen etc. ohne weiteres erhellt. Es entsteht eine Beziehung gemäss § 868 BGB.: Der Schiffer ist dem Ablader gegenüber „auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet", und zwar in „einem ähnlichen" Verhältnis wie ein „Verwahrer". Das Rechtsverhältnis braucht nicht rechtsgültig zu sein, es genügt insbesondere ein Putativverhältnis. Denn auch in diesem Falle kann sehr wohl der volle Tatbestand des Besitzes[1]), die erkennbare Zugehörigkeit der Sachen zum Wirtschaftskreise[2]) des Abladers, gegeben sein. An alledem ändert die Ausstellung und Aushändigung des Traditionspapiers natürlich nichts. Dieses verstärkt und sichert vielmehr für die Beteiligten und Dritte in hohem Masse die Erkennbarkeit der ganzen Situation.

2. Es kann auch kein Zweifel darüber bestehen, dass durch (formgerechte) Weiterbegebung des Traditionspapiers der mittelbare Besitz an den Empfänger weiter übertragen wird. Unter normalen Verhältnissen gelangt der Erwerber des Papiers erkennbar in dieselbe tatsächliche Beziehung zur Ware, wie sie vorher der Übertragende hatte. Der Vorgang entspricht beim Rektakonnossement dem § 870 BGB. Im Fall des Orderkonnossements[3]) (insbesondere auch des Blankoorderkonnossements) fällt er nicht unter diese Bestimmung, steht dem Vorgang des § 870 aber nicht nur gleich, sondern ist gegenüber der Besitzübertragung durch Anspruchsabtretung sogar ein plus, weil ein selbständiger Herausgabeanspruch erworben wird und damit auch die tatsächliche Stellung gegenüber dem Schiffer eine günstigere ist als bei blosser Zession. Übrigens kommt der

---

[1]) Vgl. Strohal, Sukzession in dem Besitz S. 157: „Das fortdauernde Dasein einer Sachlage, welche mit der durch den Apprehensionsakt begründeten Aussicht auf Fortsetzung der begonnenen Ausübung des Eigentumsinhalts vereinbar bleibt".

[2]) Wirtschaft im Sinne der Bedürfnisbefriedigung überhaupt, vgl. Stammler, Wirtschaft und Recht S. 141 ff.

[3]) Strohal, Sukzession in dem Besitz S. 212 ff., Dogm. Jahrb. 38 S. 95; Hellwig, Verträge S. 345; Jacobi S. 274 mit der Einschränkung S. 276.

§ 870 für Lagerscheine in den Fällen zur Anwendung, wo ein nicht zu Ausgabe von Orderlagerscheinen ermächtigtes Lagerhaus seine Lagerscheine doch an Order stellt. Der Besitzerwerb beruht nun in allen diesen Fällen auf der Respektierung der wirtschaftlichen Zugehörigkeit der Ware durch Dritte und insbesondere durch den Übernehmer (Schiffer, Lagerhalter) zugunsten dessen — mit einem Ausdruck F. Dahns[1]) —, „den es angeht"; der formgerechte Papiererwerb wird dementsprechend von allen in Betracht kommenden Personen erfahrungsgemäss als hinreichend für den Subjektwechsel angesehen; vom Aussteller des Papiers wird dies sogar von vornherein ausdrücklich im Papier zugesagt. Daher erwirbt nicht nur derjenige den Besitz, welcher von einem ordnungsmässig legitimierten Inhaber durch Indossament erwirbt, sondern auch der gutgläubige Erwerber eines gestohlenen oder verlorenen in blanko indossierten Papiers[2]), dagegen nicht der Dieb eines solchen Papiers oder der Okkupant.

Für den häufigen Fall, dass mehrere Konnossemente ausgestellt sind und in verschiedene Hände gelangen, sind verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Goldschmidt hatte angenommen, dass der Schiffer immer nur für einen Konnossementsinhaber detiniere und zwar für den zur Empfangnahme wirklich Berechtigten; war ein solcher nicht festzustellen, so sollte keiner als berechtigt gelten, die Besitzfrage zessieren. Demgegenüber nimmt Jacobi[3]) bis zum Eintreffen im Löschungshafen „zweifelhaften" Besitzzustand an; sodann, falls mehrere Prätendenten sich melden und keiner präveniert, Vorgehen des früheren Erwerbs, und falls dieser nicht festzustellen ist, Mitbesitz zur gesamten Hand.

---

[1]) Rechtsbuch S. 320.

[2]) Vgl. Strohal, Dogm. Jahrb. 38 S. 96; K. Lehmann zu § 424 HGB. nr. 7 a. E. und nr. 11 Anm. 2. Doch beruht der Besitzerwerb im Falle des gestohlenen Blankopapiers m. E. nicht auf einem speziellen, in den §§ 424, 450, 647 HGB. ausgedrückten Handelsrechtssatz, wie K. Lehmann nr. 7 anzunehmen scheint, sondern folgt aus dem Begriff unseres (mittelbaren) Besitzes.

[3]) S. 274 ff. Die abweichenden Aufstellungen von Hellwig, Verträge S. 508, beziehen sich nicht auf die Besitzfrage, da er mit der blossen Vindikationszession operiert. Vgl. unten III.

Man wird sich dabei nicht beruhigen können; dem zweifelhaftem Besitzzustand würde die reine Negative Goldschmidts vorzuziehen sein. Indessen ist nach dem jetzigen Recht keine Veranlassung zur Annahme eines zweifelhaften Besitzzustandes. Die sämtlichen Konnossementslegitimierten sind solidarisch auf Herausgabe berechtigt (§ 645 HGB.); die Prävention entscheidet. Der Schiffer ist also normalerweise an jeden Konnossementsinhaber zur Herausgabe im Löschungshafen bereit; dass er es nicht früher ist, teilt er mit allen Besitzmittlern, die dem mittelbaren Besitzer gegenüber „auf Zeit zum Besitze berechtigt sind". Objektiv ist die Folge: es kann jeder Konnossementsinhaber im Löschungshafen die Ware in seinen ausschliesslichen (unmittelbaren) Besitz bekommen, wenn der andere nicht zuvorgekommen ist und von seinem Präventionsrecht Gebrauch gemacht hat. Das ist aber Mitbesitz, ganz ebenso wie wenn von zwei Reisenden jeder einen Schlüssel zum häuslichen Schrank hat: wer zuerst nach Hause kommt, kann die im Schrank verwahrten Sachen an sich nehmen[1]). Jeder hat den Besitz, eingeschränkt durch den Besitz des andern. Dabei ist beim Besitz durch Konnossement die Grenzlinie nicht wie gewöhnlich so gezogen, dass der eine neben dem andern nützen kann, sondern die Ausübung des Besitzes geht in der Herausforderung der Ware (sowie in der Übertragungsmöglichkeit) in der Hauptsache auf. Es ist mittelbarer Mitbesitz[2]). Man wird dabei nicht von einem Mitbesitz ohne Quoten zu reden brauchen, sondern wohl richtiger einen Mitbesitz zu gleichen Quoten anzunehmen haben, da die Chancen für die Beteiligten gleiche sind[3]). Man braucht

[1]) Praktisch wird eine rechtswidrige Wegnahme natürlich ebensowenig die Regel sein wie eine Konnossementsprävention ohne Rechtsgrund.

[2]) Vgl. Martin Wolff, Der Mitbesitz nach dem BGB., Dogm. Jahrb. 44 S. 148 n. 12, S. 158 n. 43, S. 160 n. 50.

[3]) Wegen der Quoten beim Mitbesitz vgl. Strohal, Dogm. Jahrb. 38 S. 113 ff., M. Wolff l. c. S. 151 ff., 158 n. 41. Das zugrunde liegende Rechtsverhältnis spielt eine bloss tatsächliche Rolle, in unserem Falle ist diese aber besonders gross. Übrigens hindert auch ein eigentliches Gesamthandverhältnis als zugrunde liegendes Rechtsverhältnis nicht an der Annahme von Quoten, da diese für den Besitz bestehen können, während sie für das Rechtsverhältnis fehlen mögen; ganz abgesehen davon, ob man nicht richtiger auch bei Gesamthandsverhältnissen Rechtsquoten annimmt, vgl. Heymann, Dogm. Jahrb. 42 S. 474.

hiernach den Mitbesitz durchaus nicht auf den von Jacobi angenommenen besonderen Fall zu beschränken, sondern muss ganz allgemein die mehreren Konnossementsinhaber bis zur Auslieferung als Mitbesitzer betrachten.

3. Das Ende des mittels Konnossements erzielten Besitzes tritt natürlich nicht nur durch Fortgabe oder Verlust des Konnossements ein, sondern auch dadurch, dass der Unterbesitzer den Besitz verliert oder sonst aufhört, Unterbesitzer zu sein. Untergang der Ware, Aneignung durch den Schiffer [1]), Entziehung der Güter durch Raub, Diebstahl, Verfügung von hoher Hand, Pfändung mit Besitzentziehung, gleichviel ob rechtmässig oder nicht, beenden den Besitz. Vor allem aber auch Vertauschung und irrige Aushändigung an Dritte. Solches ist nicht nur im Schiffsverkehr, sondern auch im Lagerhausverkehr leicht möglich; so können hier nebeneinander lagernde Getreidehaufen nicht nur durch Rutschen oder Verschaufeln ineinander geraten, sondern die oft geübte Sitte, sie durch eingesteckte Stäbchen mit Namentäfelchen zu kennzeichnen, kann leicht zu Verwechselungen und falschen Aushändigungen führen [2]). Nicht ausser dem Bereich der Möglichkeit liegt ferner im Lagerhausverkehr, dass ein unzuverlässiger Lagerhalter dem Einlagerer ohne Zurückforderung des Lagerscheins Güter ganz oder teilweise ausliefert, die inzwischen mittels des Lagerscheins verpfändet worden sind. Ein teilweiser Besitzverlust findet durch Eintritt von Mitbesitz beim Sammellagergut (§ 419 HGB.) statt.

Endlich ist für den Konnossementsverkehr die Frage des Besitzverlustes infolge der Beteiligung mehrerer Transportinstitute bedeutsam. Durch Verwendung eines Substituten endet der Besitz des Konnossementsinhabers an sich nicht; daher bleibt der Inhaber eines Durchgangskonnossements im mittel-

[1]) Der Wille des Schiffers ist daher nicht gleichgültig; auch seine Erklärung, die Ware unbefugt nicht oder etwa an einen bestimmten von mehreren Konnossementsinhabern nicht herausgeben zu wollen, entzieht den Besitz. Abweichend Jacobi S. 274.

[2]) Die neuere Lagerhaustechnik sucht dem möglichst entgegenzuarbeiten; aber auch die vollendetste Technik wird Versehen nicht ganz ausschliessen können; in kaufmännischen Kreisen legt man darum auf die Zahlungsfähigkeit des Lagerhalters entscheidendes Gewicht.

baren Besitz der Ware auch, wenn fremde Transporteure auf Grund dieses Durchgangskonnossements die Ware in die Hand bekommen. Wenn dagegen der fremde Transporteur — namentlich für die Endstrecke — auf Grund eines von ihm selbst ausgestellten Zwischenkonnossements (Ladescheins, Duplikatfrachtbriefs) tätig wird, kann leicht Besitzverlust des Durchgangskonnossementsinhabers eintreten. Man braucht freilich nicht soweit zu gehen wie Boyens[1]). Dieser nimmt an, dass der Besitz mittels des Durchgangskonnossements nur gewahrt bleibt, wenn das Zwischenkonnossement auf den Präsentanten des Durchgangskonnossements lautet. Indessen auch wenn dafür gesorgt ist, dass der Inhaber des Durchgangskonnossements das Zwischenkonnossement zugesandt erhält oder spätestens am Löschungshafen beim Agenten vorfindet, wird man die Fortdauer des mittelbaren Besitzes annehmen können. Denn wenn auch keine unmittelbare Herausgabeforderung gegen den Zwischentransporteur der Endstrecke besteht, so ist der Durchgangskonnossementsinhaber doch tatsächlich ebensogut in Gewalt der Sache, wie wenn das ganze Verfahren auf Grund eines einheitlichen Konnossements vor sich ginge (vgl. § 871 BGB.). Aber freilich besteht bis zum Augenblick der Aushändigung des Zwischenkonnossements Zwischenbesitz des Zwischenkonnossementsinhabers, und sobald dieser das Zwischenkonnossement an einen Dritten zu anderem als blossem Speditionszweck weiter begibt, hört der mittelbare Besitz des Durchgangskonnossementsinhabers auf. Ferner kann dieser ganze Apparat sehr leicht versagen[2]): z. B. hat eine Versendung des Zwischenkonnossements an einen falschen Adressaten dieselbe Bedeutung wie die Irreleitung der Waren selbst und führt zum Besitzverlust.

Wie sich aus dem Gesagten ohne weiteres ergibt, kann der Besitzverlust auch während der Zirkulation des Papiers wieder aufhören, indem die Ware an den Schiffer, Lagerhalter etc. wieder zurückgelangt. Dann kann es sich nach Lage des Falls

[1]) Boyens zu § 647 HGB. n. 4 S. 329.

[2]) Eine blosse kurze Verspätung des Eintreffens des Zwischenkonossements beim Agenten am Bestimmungshafen würde freilich unter § 856 [2] BGB. fallen.

um eine „ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt“ handeln (§ 856² BGB.); oft aber wird es anders liegen, z. B. bei der oben erwähnten Kollusion des Lagerhalters mit dem Einlagerer zu Ungunsten des Warrant-Pfandgläubigers. In solchen Fällen wird man annehmen müssen, dass mit der Rückkehr des Gutes in die Hand des Lagerhalters oder Schiffers der mittelbare Besitz des Papierinhabers neu hergestellt wird, falls dieser das Papier ordnungsmässig erworben hat (vgl. oben nr. 2).

4. Aus dem vorstehenden ergibt sich, dass der Besitz durch Traditionspapier immer eine — wenngleich sehr verfeinerte — „tatsächliche Gewalt“ des Papierinhabers voraussetzt. Ist diese Gewalt nicht vorhanden, so fehlt es auch an einem mittelbaren Besitz. Nicht etwa handelt es sich um einen Fall des sogenannten fiktiven Besitzes. Eine solche besitzrechtliche Auffassung der Papierbegebung liegt nicht ganz fern. Beyerlein [1]) hat ihr im früheren Recht durch seine Auffassung von der Übertragung des blossen ius possessionis mittels Konnossementsbegebung vorgearbeitet. Wimpfheimer [2]) hat sie neuerdings für das jetzt geltende Recht vertreten. Wäre diese Auffassung richtig, so würde der durch Traditionspapier erworbene Besitz die Lehre von der Anerkennung eines fiktiven Besitzes im heutigen Reichsrecht aufs beste bestätigen und den sonst wohl noch hierhergezogenen Fällen des Erbenbesitzes sowie des durch blosse Anspruchsabtretung erworbenen mittelbaren Besitzes sich gut anschliessen. Andererseits wäre dann die ganze Frage nach der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere aufs einfachste gelöst, Besitzerwerb und sonstiger Rechtserwerb ständen ex lege in steter Harmonie.

Indessen ist zunächst der Wortlaut der §§ 424, 450, 647 HGB. zur Begründung dieser Wirkung nicht verwendbar. Weit eher könnte man noch aus §§ 857, 870 BGB. für Erbenbesitz und mittelbaren Besitz die gesetzliche Sanktionierung eines fiktiven Besitzes herauslesen als aus den Bestimmungen über

[1]) Besitzerwerb durch Konnossement S. 15 ff.

[2]) Wimpfheimer, Der Lagerschein S. 36: „Indes scheint die Aufstellung dieser Fiktion gerade der Zweck des § 424 zu sein“ etc.

die Traditionspapiere. Denn es heisst in diesen ausdrücklich, dass durch die Begebung die „Rechte am Gut" erworben werden. Wenn der Besitz auch ein Recht, und zwar ein dingliches Recht ist, so fällt er doch nicht unter die „Rechte an Sachen", die nach ganz fester Terminologie des neuen Reichsrechts nur dingliche Vollrechte umfassen. Die Fassung der Bestimmungen ist dabei neu, so dass auch nicht etwa der ältere Sprachgebrauch in Betracht kommt [1]). Übrigens ist im Einzelfall immer noch besonders festzustellen, ob das Reichsrecht, wo es von „Rechten" oder sogar von „dinglichen Rechten" spricht, den Besitz mitumfasst; das eigentümliche Wesen des Besitzes als dinglichen Minderrechts ist stets in Verbindung mit dem Zweck der betreffenden Vorschrift zu berücksichtigen, wenn man nicht in Scholastik verfallen will.

Aber auch eine ausdehnende Interpretation der erwähnten Bestimmungen über die Traditionspapiere kann nicht zur Annahme eines Falls des fiktiven Besitzes führen. Nicht nur weil dazu jeder äussere Anhalt fehlt [2]), sondern vor allem weil das Reichsrecht überhaupt keinen Fall des fiktiven Besitzes kennt. Unter fiktivem Besitz ist ein Verhältnis zu verstehen, bei dem die rechtlichen Besitzfolgen (das ius possessionis) eintreten, ohne dass irgendwelche tatsächliche Gewalt (der natürliche Besitztatbestand) gegeben ist [3]). Das positive Recht kann dies an sich zweifellos bestimmen. Unser deutsches Besitzrecht nähert sich solcher Gestaltung auch unverkennbar seit Beginn des 19. Jahrhunderts durch seine fortgesetzte Verfeinerung des Be-

[1]) a. 649 des alten HGB.s hätte solche Deutung noch eher erlaubt. Vgl. aber unten IV 1. — Älterer Sprachgebrauch im umgekehrten Fall (dingliche Rechte = Rechte an Sachen) möglicherweise in § 24 ZPO.

[2]) Wenn Wimpfheimer l. c. meint, dem § 424 fehle sonst jede Existenzberechtigung gegenüber dem § 870, so genügt demgegenüber der Hinweis auf das oben über die Verschiedenheit der Besitzübertragung durch Konnossement und mittels Anspruchsabtretung gemäss § 870 Gesagte (S. 148), ganz abgesehen davon, dass in Wimpfheimers Bemerkung eine petitio principii gegenüber der absoluten Theorie liegt.

[3]) So spricht Binder, Rechtsstellung des Erben I S. 45, von der „Loslösung" der rechtlichen Position vom Tatbestand. Hierher gehört aber ebenso Matthias, Vererbung des Besitzes 1904, wenn er S. 14 sagt, dass das Recht tatsächliche Herrschaft „annimmt, wo sie nicht gegeben ist".

sitztatbestandes unter dem Einfluss der Lehren Iherings, E. J. Bekkers, Strohals, Goldschmidts und anderer sowie unter der stillen Einwirkung germanischer, besonders im ALR. bewahrter Rechtsgedanken. Indessen hat es den entscheidenden Schritt zum fiktiven Besitze im BGB. nicht getan. Es hält an der „tatsächlichen Gewalt“, mit welcher die Besitzfolgen entstehen und fallen (§ 856!), fest, und es musste von seinem Standpunkt aus daran festhalten. Ein bloss fiktiver Besitz, der an einen in der Vergangenheit liegenden Tatbestand (den Erwerbsakt) sich knüpft und wie jedes andere Recht ohne „durchhaltenden Tatbestand“ andauert, bis ein neuer raumzeitlicher Vorgang eintritt, an den das Gesetz das Ende des ius possessionis knüpft, kann wohl wie die ideelle Gewere des deutschen Mittelalters als Legitimationsmittel im Prozess oder als Legitimationsmittel für Rechtsübertragungen [1]) verwertet werden, er kann aber niemals die Grundlage eines durch Interdikte, durch Besitzklagen, provisorisch gesicherten Verhältnisses sein. Die Gewere des Mittelalters entbehrte bekanntlich solchen Rechtsschutzes, es gibt keine deutsch-rechtlichen Besitz-Interdikte [2]), und es erklärt sich daraus, was oft genug als Rätsel behandelt worden ist, dass man im entwickelten mittelalterlichen Recht nicht nur dem Erben, dem Investierten, dem Fronungspfandgläubiger, sondern auch dem Dejizierten die Gewere zuschrieb. Die Gewere setzt keine andauernde Tatsächlichkeit der Gewalt mehr voraus, sie ist formalisiert [3]). Ganz anders die Römer trotz grosser Verfeinerung des Besitztatbestandes: bei ihnen steht der selbständige Besitzschutz durch Interdikte im Vordergrund. Dieser aber ist nur verwendbar, wo es etwas zu schützen gibt, wo eine tatsächliche Störung möglich ist; die blosse Klagelegitimation kann man nicht possessorisch

[1]) Offensiv-, Defensiv-, Translativ-Kraft der Gewere mit den Ausdrücken Eugen Hubers, Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht 1894.

[2]) Es gibt nur Keime zu solchen. Vgl. die Literaturangaben bei O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 14 n. 31. Selbständig ausgebildet, verschwinden sie in England wieder, vgl. Heymann in Holtzendorffs Enzykl. 1904 [6] S. 822.

[3]) Selbstverständlich ist die ideelle Gewere des Mittelalters nicht durch Fiktion wissenschaftlich zu erklären. Der Ausdruck „fiktiver Besitz“ wird hier nur gebraucht, weil er in der Literatur verwendet wird, und weil allerdings vom Standpunkt der possessio Besitz ohne durchdauernden Tatbestand Fiktion wäre; der Ausdruck enthält schon ein Urteil.

schützen, noch weniger ein tatsächliches Haben, das gar nicht vorhanden und bloss „fingiert" ist. Aus dem gleichen Grunde ist der fiktive Besitz mit unserem heutigen Besitzrecht unvereinbar: denn unser Besitzrecht ist entscheidend durch das römische umgeprägt worden; die deutsche Gewere hat für die Verfeinerung des heutigen Besitzbegriffes höchste Bedeutung erlangt, aber der praktische Grundgedanke der römischen possessio als selbständig geschütztes Rechtsverhältnis ist seit der Rezeption bei uns bewahrt worden; er steht für unser Besitzinstitut, wie schon dessen äussere Anordnung im BGB. zeigt, stark im Vordergrund. Der Interdiktenbesitz kann auf einen bloss formalen, bloss fiktiven Besitztatbestand nicht aufgebaut werden; das ist eine begriffliche Unmöglichkeit. „Der Begriff des Besitzes hat für Gedankengebilde, die der ideellen Gewere entsprechen, keinen Raum" [1]).

Freilich wäre es denkbar, dass der allgemeine Besitzbegriff für einzelne Fälle durchbrochen wäre, dass Singularitäten beständen, einzelne Fälle fiktiven Besitzes anerkannt wären, für die dann der Besitzschutz notwendig zessierte. Auf die Annahme solcher Singularitäten beschränken sich die meisten Anhänger des fiktiven Besitzes. Indessen besteht zu dieser Annahme kein Anlass. Denn sowohl der mittelbare Besitz wie der Besitz des Erben sind im Gesetz ganz deutlich unter den allgemeinen Besitzbegriff gebracht; es bedürfte zur Begründung gar nicht des Hinweises auf die schon fast zum Überdruss betonte, aber nichtsdestoweniger entscheidende Wendung „auch Besitzer" in § 868; Fassung und Stellung der betreffenden Paragraphen sprechen genügend deutlich. Dass man dem Erben die Besitzinterdikte habe entziehen wollen, hat meines Wissens nach niemand behauptet; für den mittelbaren Besitzer wird diese Behauptung zwar bekanntlich aufgestellt, doch jedenfalls nicht aus dem Grunde, weil etwa hier eine tatsächliche Störung des Gewaltverhältnisses ausgeschlossen wäre [2]). Vor allem ist

[1]) O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 4.

[2]) Vgl. z. B. die bei Biermann zu § 869 und bei Strohal, Dogm. Jahrb. 31 S. 379, aufgeführten Beispiele möglicher Störung. Auch Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrnisbesitzerwerb S. 75, leugnet die Möglichkeit einer Störung des mittelbaren Besitzes durchaus nicht.

aber mittelbarer Besitz und Erbenbesitz durchaus befriedigend mit der Annahme eines „durchhaltenden Tatbestandes" zu vereinigen. Es ist bekanntlich besonders Strohals Verdienst, auf das Vorhandensein eines objektiven Besitztatbestandes hingewiesen zu haben, dessen Subjekte (eben im Wege der Sukzession) wechseln können. Wenn Strohal[1]) ihn als „das fortwährende Dasein einer Sachlage, welche mit der durch den Apprehensionsakt begründeten Aussicht auf Fortsetzung der begonnenen Ausübung des Eigentumsinhalts vereinbar bleibt", definiert, so mag dem Wortlaut gegenüber der Höldersche Einwand[2]), dass der fragliche Tatbestand dann aber auch nur für den Apprehendenten vorhanden sei, berechtigt erscheinen. Man braucht sich aber nur zu vergegenwärtigen, dass der Besitz ein „soziales Verhältnis" ist[3]), dass er infolgedessen seinen Bestand nur herleitet aus der — unfreiwilligen oder freiwilligen — Respektierung der Mitmenschen[4]) und dass diese Respektierung erfahrungsgemäss jeder erkennbaren Zugehörigkeit einer Sache zu einem fremden Wirtschaftskreise zuteil zu werden pflegt, so ist ohne weiteres klar, dass eine Respektierung zugunsten dessen, „den es angeht", stattfinden kann und häufig stattfindet (z. B. Baugrundstücke, Handwagen auf offener Strasse, Gepäck im Wartesaal). Hier ist ein Wechsel des Besitzers ohne einen für Dritte erkennbaren Vorgang möglich; das Publikum respektiert gewisse Übertragungsvorgänge[5]), weil die Person

[1]) Sukzession in den Besitz S. 157.

[2]) Kr.-V.-Schr. 29, 405 ff. Matthias, Die Vererbung des Besitzes S. 7.

[3]) Was Goldschmidt so oft betont hat, freilich unter absichtlicher Vermeidung einer festen Formel für die Frage, wann das soziale Gewaltverhältnis vorliegt. Vgl. zu Goldschmidt Kipp, Zeitschr. f. HR. 52 S. 295 ff.

[4]) Die Respektierung betont neuerdings besonders auch Kohler, Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie I[6] S. 600, der neben diesem sozialen noch das individuelle Moment der Nichtablehnung des Zusammenhangs mit der Sache fordert.

[5]) Diese Vorgänge können „rein tatsächlicher Art" sein (z. B. Einigung; doch ist dabei zu beachten, dass im Verkehr auch hier der Umstand eine Rolle spielt, dass die Einigung ein Rechtsgeschäft zu bergen pflegt, der wirtschaftliche Hergang und die rechtliche Form sind untrennbar), sie können auch durch Rechtsvorschriften ihre Bedeutung für den Verkehr erlangen, z. B. der Tod des Erblassers in Verbindung mit dem allgemein bekannten Tatsache, dass wir ein Erbrecht haben (§ 1922, nicht aber § 857 BGB.).

des Besitzers gleichgültig ist[1]). Wenn das objektive Recht einen so erworbenen Besitz rechtlich anerkennt, wenn es m. a. W. durch solchen Vorgang die Sukzession in das ius possessionis eintreten lässt, dann beruht diese besitzrechtliche Sukzession auf einem Eintritt des Erwerbers in den objektiven Besitztatbestand; es ist für ihn durch den Vorgang ein tatsächliches Machtverhältnis geschaffen[2]). Gewiss kann das positive Recht auch weitergehen und die Sukzession in das ius possessionis an Vorgänge knüpfen, die nicht von Dritten als Übergangstatsachen respektiert zu werden pflegen; dann gelangt es eben zu sog. fiktiven Besitzfällen. Unser Reichsrecht kennt aber solche Fälle nicht, es bleibt stets im Rahmen der tatsächlichen Gewalt. Dies gilt insbesondere auch vom Fall des Besitzerwerbs durch Beerbung. Erfahrungsgemäss wird der Nachlass eines Menschen bei entwickelteren Kulturzuständen von den anderen zugunsten des — wenngleich unbekannten — Erben als fremder Wirtschaftskreis respektiert, und es entsteht dadurch mit dem Erbfall in unserer heutigen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft stets ein tatsächliches Zurverfügungstehen des Nachlasses für den Erben; dass dieses Machtverhältnis alsbald nach dem Tode des Erblassers, also unmittelbar nach

---

[1]) Veräusserung eines vor der Tür stehenden Handkarrens durch Beredung im Wirtshause.

[2]) Strohal, Sukzession in den Besitz S. 154 bei n. 113, Erbrecht I³ S. 69, hebt dagegen wiederholt hervor, dass immer nur eine Sukzession in die Rechtsfolge, dagegen niemals eine Sukzession in den Tatbestand stattfände. Indessen hat gerade er durch seine Betonung des objektiven Besitz-Tatbestands den Weg zur Annahme solcher Sukzession in den Tatbestand selbst gewiesen. Übrigens kommt es ihm wohl hauptsächlich darauf an, zu betonen, dass nicht etwa eine (subjektive) Apprehension stattfindet, d. h. ein Vorgang gefordert wird, der an sich auch zum originären Erwerbe ausreicht. Was E. J. Bekker, Das Recht des Besitzes S. 303, über die Möglichkeit einer Sukzession in Tatbestände vom Standpunkt der Identitätsfrage ausführt, hat philosophisch seine volle Bestätigung in der Untersuchung O. Fischers, Das Problem der Identität, in der Festgabe für Ihering (1892) gefunden. Erkenntnistheoretisch ist nicht die Kategorie der Identität, sondern die der Kausalität heranzuziehen: im Sukzessionsfalle bildet die Respektierung des Vorbesitzes durch die Dritten eine conditio sine qua non (Träger, Kausalbegriff S. 38 ff., vgl. auch S. 159 f.) für die Respektierung der Stellung des Nachmanns.

dem Erwerb von einem einzelnen Dritten gestört werden kann, teilt der Erbbesitz mit allen anderen Besitzfällen. Man kann das tatsächliche Machtverhältnis des Erben auch nicht deshalb bestreiten, weil die Römer es besitzrechtlich nicht anerkannt haben: es handelt sich um einen besonders verfeinerten Fall des Machtverhältnisses, und es ist durchaus Sache des positiven Rechts, an welche Machtverhältnisse es das ius possessionis knüpfen will; ganz ähnlich wie etwa das positive Recht dem Menschen im Negersklaven die Rechtsfähigkeit beliebig entziehen kann. Darum war die positive Vorschrift des § 857 unentbehrlich[1]). Ganz entsprechend wie beim Erbbesitz liegt es für den gemässs § 870 BGB. erworbenen mittelbaren Besitz, wo im Unterbesitzer sogar stets eine Person vorhanden ist, die für den „welchen es angeht" den Besitz hält[2]). Dass es sich nicht um formalisierte Fälle fiktiven Besitzes handelt, sondern um die Ausstattung eines tatsächlichen durchdauernden Machtverhältnisses mit dem ius possessionis, zeigt sich sehr deutlich da, wo dieses Machtverhältnis erfahrungsgemäss ausnahmsweise zu fehlen pflegt. Hauptbeispiel ist der Besitz des Konkursverwalters und Testamentsvollstreckers an den verwalteten Sachen; hier kann man den Übergang des Besitzes auf deren Erben nicht annehmen, darüber ist man so ziemlich einig[3]); der Grund ist aber einfach der, dass in solchen Fällen erfahrungsgemäss die Respektierung durch Dritte im allgemeinen nicht erfolgt und wo diese fehlt, kann auch von Erbenbesitz keine Rede sein[4]); vom Standpunkt des fiktiven

[1]) Sie gewährt das ius possessionis — entsprechend wie §§ 854, 868, 870 — für einen bestimmten Machttatbestand. Dieser letztere beruht nicht auf ihr, sondern, soweit Rechtsnormen für ihn bestimmend sind, auf §§ 1922 ff., siehe oben S. 157 n. 5. Alle diese Besitzbestimmungen enthalten daher allerdings nur „Anwendungsfälle des § 854 I", sie sind aber unentbehrlich zur Festlegung des Umfanges, in welchem die tatsächliche Gewalt von unserem Recht als Besitztatbestand anerkannt wird.

[2]) Vgl. Strohal, Dogm. Jahrb. 31 S. 45.

[3]) Vgl. Strohal, Erbrecht I S. 76; O. Fischer in Fischer-Henle n. 1 zu § 857.

[4]) Ganz ebenso wie von einer Sukzession gemäss § 870 BGB. in den mittelbaren Besitz keine Rede sein kann, wenn der Verwahrer von vornherein erklärt, die Sache nur für den Veräusserer besitzen zu wollen, im Fall einer Veräusserung aber als Eigenbesitzer aufzutreten.

Besitzes kann man die Entscheidung nicht begründen und kommt dadurch wie sonst leicht in Gefahr, die Besitzgrundsätze den Lebensverhältnissen zu wenig anzupassen.

Es drängt also nichts zur Annahme eines fiktiven Besitzes für den Traditionspapierinhaber. Auch hier ist die ideelle Gewere dem Besitzrecht fremd; keineswegs immer geht mit der Papierbegebung der Besitz über, keineswegs hat der Inhaber des Traditionspapiers immer den Besitz der Ware. Konnossementsbesitz ist nicht Besitz der Ware. Ob sich die Funktion der ideellen Gewere als Legitimationsmittel — wie bekanntlich in der Grundbucheintragung — etwa auch im Traditionspapier erhalten hat, ist aber eine Frage für sich.

III.

Die §§ 424, 450, 847 HGB. bestimmen, dass nach erfolgter Übernahme des Gutes die Übergabe des Traditionspapiers an den legitimierten Inhaber „für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Guts“ hat. Wie vollzieht sich nun dieser Übergang der dinglichen Vollrechte im einzelnen? Was heisst „dieselbe Wirkung wie die Übergabe?“

Es handelt sich um Rechte an der Sache, also vor allem Eigentum, Niessbrauch, Konventionalpfand, weiterhin aber auch gesetzliches Pfandrecht und kaufmännisches Retentionsrecht. Wieweit noch andere Rechte in Frage kommen, kann dahingestellt bleiben. Hier ist zunächst von Eigentum und Konventionalpfandrecht als den praktisch wichtigsten Fällen zu sprechen. Auf anderes ist später zurückzukommen.

Vorausgeschickt mag sein, dass die dingliche Wirkung der Traditionspapiere sich zweifellos auf Order und Inhaberkonnossemente, auf Rekta- und Orderladescheine, sowie auf die Orderlagerscheine der zur Ausstellung derselben staatlich ermächtigten Institute bezieht (vgl. §§ 447, 645 HGB.). Man wird sie aber auch auf Rektakonnossemente und auf etwaige Inhaberladescheine ausdehnen müssen. Dagegen wohl nicht auf Rekta- und Inhaberlagerscheine, weil das Gesetz die deutliche Tendenz hat, die Negotiabilität der lagernden Ware ausschliesslich auf

den Verkehr mit konzessionierten Orderscheinen zu beschränken [1]), die ja in blanko indossiert werden können.

Es mag gestattet sein, zunächst die relative und die absolute Theorie einander gegenüberzustellen und in ihren Folgerungen kurz zu vergleichen. Man gewinnt so einen einfachen Einblick in die praktische Bedeutung der Gegensätze und ihrer Tragweite.

1. Die Lehre von einer absoluten Wirkung der Papierbegebung sieht in dieser eine besondere von der sonstigen verschiedene Form des Erwerbs der Sachenrechte. Der Erwerb wird herbeigeführt durch Einigung und Papierbegebung. Mit der Erfüllung dieser beiden Erfordernisse ist das Sachenrecht erworben. Insoweit Eigentum und Konventionalpfand sonst durch Einigung und Übergabe entstehen, steht also die Papierbegebung hier der Übergabe unmittelbaren Besitzes in der Wirkung völlig gleich. Ganz unerheblich ist es dabei, ob zugleich irgendwelcher Besitz an der Ware durch die Konnossementsbegebung wirklich auf den Erwerber übergeht. Die Rechtserwerbsfrage ist von der Besitzfrage völlig losgelöst. Auch wenn der Besitz des Schiffers, Frachtführers, Lagerhalters gebrochen ist, vollzieht sich durch die Papierbegebung der Eigentumsübergang an der Ware [2]).

Die relative Theorie führt dagegen den Rechtserwerb auf die allgemeinen Grundsätze über Erwerb von Sachenrechten zurück. Und zwar in verschiedener Weise. Die meisten der hierher gehörigen Schriftsteller — und einige von ihnen glauben mit Unrecht, die alte Goldschmidtsche Detentionstheorie fortzusetzen — betonen, dass durch die Konnossementsbegebung Besitz übergeht, und folgern daraus, dass dadurch eine Rechtsübertragung in besonderer Weise möglich sei. Die typischen Vertreter dieser Richtung sind Boyens [3]) und Schaps. Schaps insbesondere führt

---

[1]) Vgl. K. Lehmann zu § 424 n. 5 und 13, Staub Anm. 5 zu § 424, a. M. Burchard l. c. S. 362. Vgl. Schaps S. 508 n. 1. Die Frage braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden.

[2]) Vgl. Strohal, Dogm. Jahrb. 38 S. 95. In der bisherigen Literatur zum neuen Recht werden die Konsequenzen der Theorie im einzelnen nur selten gezogen.

[3]) Vgl. Boyens, Seerecht II S. 329 n. 6.

zu § 647 HGB. aus, dass der Konnossementsinhaber mittelbarer Besitzer der Güter sei — unter ausdrücklicher Bezugnahme[1]) auf § 868 —, für ihn detiniere der Schiffer, und zwar bei mehreren Konnossementen für den jeweils berechtigten Konnossementsinhaber in Goldschmidts Sinne; dieser Besitz endige durch Verlust des Fremdbesitzes seitens des Transporteurs infolge Diebstahl, Untergang, Aneignung etc., sowie dadurch, dass der Besitz der Urkunde auf eine andere Person übergeht, die nicht den Willen hat für den bisherigen Inhaber zu besitzen, also bei Weiterbegebung, Diebstahl des Papiers; „es vertritt somit hinsichtlich der Verfügungsmöglichkeit über die Güter die Urkunde in der Hand des legitimierten Inhabers das Gut selbst", und „hierauf beruht die . . . dingliche Wirkung der Konnossementsübergabe"; diese Wirkung aber sei die, dass der Konnossementsnehmer an den Gütern dieselben Rechte erwirbt, die er durch die Übergabe der Güter erworben hätte, also Eigentums- und Pfandrechtserwerb wie durch Übergabe unmittelbaren Besitzes, was durch Anziehung der §§ 929, 1205, 932, 1207 BGB. ausdrücklich klargestellt wird. Dieser Grundanschauung steht auch O. Gierke[2]) nahe, der davon spricht, dass die Warenpapiere, weil sie durch den Herausgabeanspruch eine Verfügung über die Sachen gewähren, die Sachen in sachenrechtlichen Verhältnissen vertreten können[3]): „ihr Besitz vermag daher Sachbesitz zu geben, und ihre Übergabe ist Mittel der Besitzübergabe". Man kann diese Form der relativen Theorie als Repräsentations-

[1]) Dagegen bezieht sich Schaps nicht auf § 870, sondern bemerkt nur, dass die Strohalsche Lehre vom derivativen Besitzerwerb in dieser Bestimmung eine Stütze findet. Entsprechend wendet Boyens S. 326 den § 870 nur bei Zession von Namenskonnossementen an, dagegen spricht er bei Order- und Inhaberkonnossementen sowie bei Begebung an den im Konnossement namentlich genannten Destinatär von einem Besitzerwerb gemäss §§ 651, 647 HGB. Entsprechend Cosack, Handelsrecht § 93 n. 34.

[2]) O. Gierke, Grundzüge des Handelsrechts, in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie I[6] S. 977.

[3]) Vgl. Gierkes Bemerkung in der 380. Sitzung der juristischen Gesellschaft (46. Jahresbericht 1904/5) S. 94: Die Eigentumsübertragung geschehe durch leibliche Übergabe, wenn auch nur des Papiers, das hier eine ähnliche Rolle spiele, wie der Schlüssel bei der früher zu den Fällen der symbolischen Tradition gerechneten Tradition mittels Übergabe des Schlüssels.

theorie bezeichnen. Sie legt eine eigentümliche Repräsentation des Guts durch die als Sache gedachte Urkunde zugrunde; es wird hier mithin, soweit der Besitz als Rechtsübertragungsmittel in Frage kommt, an Stelle des tatsächlich vorhandenen mittelbaren Besitzes der Ware ein unmittelbarer Besitz der Ware für den unmittelbaren Papierbesitzer fingiert; es handelt sich um eine Besitzfiktion dem Grade nach.

Dieser Meinung gegenüber steht eine andere Auffassung der relativen Theorie, welche die Rechtsübertragung mittels Traditionspapiers strenger an die allgemeinen Rechtserwerbsvorschriften anpasst[1]). Diese streng-relative Theorie ist meines Wissens zuerst, wenigstens in ihrem Grundgedanken von Hellwig[2]) vertreten worden und wurde in allen Konsequenzen jüngst von Makower[3]) ausgeführt. Danach geht durch die Konnossementsbegebung das Sachenrecht lediglich insoweit über, als der allgemeine für den Sachenrechtserwerb erforderliche Tatbestand durch sie erfüllt ist. Dabei kommt einerseits in Betracht, dass — wie oben näher dargelegt — in weitem Umfang mittelbarer Besitz durch Konnossementsbegebung übertragen werden kann und ferner, dass wir in unserer neuen reichsrechtlichen Rechtserwerbsform „durch Abtretung des Herausgabeanspruchs" (§§ 931, 1205 BGB.) eine Form des Sachenrechtserwerbs gewonnen haben, die grundsätzlich überhaupt keine Besitzübertragung voraussetzt. So konnte dem oberflächlichen Anschein nach die Iheringsche Erklärung der Konnossementswirkung mittels der gemeinrechtlichen Vindikationszession wieder aufleben. Hellwig führt aus, dass die Begebung des Inhaber- oder Orderkonnossements, — wodurch der Erwerber zwar nicht den Herausgabeanspruch des Veräusserers erlangt, aber ihm ein selbständiger, vom Recht des Vormannes unabhängiger Herausgabeanspruch „verschafft" wird, — einen der Vindikationszession des BGB.s gleichartigen Tatbestand darstellt[4]); infolgedessen

[1]) Insofern steht sie dem von ihr bekämpften Goldschmidt im Grunde näher als die erste Gruppe.

[2]) K. Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte, 1899 S. 344 ff. und S. 497 ff. [3]) Makower zu § 424 HGB.

[4]) Hellwig S. 345; er bemerkt dabei, dass die Übergabefälle der Traditionspapiere nicht eine Zession sind, „sondern ein mit Besonderheiten aus-

sei die dingliche Wirkung des Traditionspapiers keine Singularität, sondern sie „steht nach dem BGB. im Einklang mit den allgemeinen Normen des Bürgerlichen Rechts"; einige Abweichungen, insbesondere der gemäss § 366 HGB. weitergehende Schutz des gutgläubigen Erwerbers „betreffen nicht das zugrunde liegende Prinzip, sondern lediglich seine Ausgestaltung". Im einzelnen hat Hellwig diese Grundgedanken an den seerechtlichen Bestimmungen über mehrfache Konnossemente näher ausgeführt und gefunden, dass diese in der Hauptsache (nämlich in Ansehung des § 648 HGB.) „im Einklang mit den reichsrechtlichen Normen über den dinglichen Rechtserwerb stehen". Diese Bestimmungen (§§ 648, 649 HGB.) gewähren bekanntlich den verschiedenen Inhabern mehrerer Konnossemente [1]) zwar solidarisch den Anspruch auf Aushändigung der Ware, so dass vom obligationenrechtlichen Standpunkt die Prävention entscheidet, lassen aber bei Übertragung einander entgegenstehender Sachenrechte mittels verschiedener Konnossementsexemplare [2]) sachenrechtlich die Priorität entscheiden:

> § 649. Hat der Schiffer die Güter noch nicht ausgeliefert, so geht unter mehreren sich meldenden Konnossementsinhabern, soweit die von ihnen auf Grund der Konnossementsübergabe an den Gütern geltend gemachten Rechte einander entgegenstehen, derjenige vor, dessen Exemplar von dem gemeinschaftlichen Vormanne, welcher mehrere Konnossementsexemplare an verschiedene Personen übertragen hat, zuerst der einen dieser Personen dergestalt

---

gestalteter Anwendungsfall dessen, was das BGB. jetzt allgemein gestattet", womit er auf seine Ausführungen über die „zivilen Orderpapiere" verweist. In der „Verleihung" des Rechts aus dem Rektapapier unter Übergabe desselben (im Gegensatz zur blossen Zession der Rechte aus ihm vgl. l. c. S. 503) würde aber wohl auch von seinem Standpunkt ein eigentlicher, nicht nur analoger Anwendungsfall der §§ 931, 870 liegen.

[1]) Nur der Ablader muss alle Order- (oder Inhaber-) Konnossemente in der Hand haben, wenn er die Ware mit Erfolg herausverlangen will, § 659 HGB. Wegen des Namenskonnossements § 659 [4] HGB.

[2]) §§ 647, 648 nennen nur das Orderkonnossement (einschliesslich natürlich des Blankoorderkonnossements), werden aber allgemein mit Recht auch auf Inhaberkonnossemente bezogen; dagegen beziehen sie sich nicht auf Namenkonnossemente.

übergeben worden ist, dass sie zur Empfangnahme der Güter legitimiert wurde. — Bei dem nach einem anderen Orte übersendeten Exemplare wird die Zeit der Übergabe durch den Zeitpunkt der Absendung bestimmt.

Jedoch entscheidet ausnahmsweise auch sachenrechtlich die Prävention, wenn der Schiffer die Ware zur Erhebung des Anspruchs seitens des an erster Stelle dinglich Berechtigten dem Nachstehenden wirklich aushändigt:

§ 648. Sind mehrere Exemplare eines an Order lautenden Konnossements ausgestellt, so können von dem Inhaber des einen Exemplars die im § 647 bezeichneten Wirkungen der Übergabe des Konnossements zum Nachteil desjenigen nicht geltend gemacht werden, welcher auf Grund eines anderen Exemplars gemäss § 645 die Auslieferung der Güter von dem Schiffer erlangt hat, bevor der Anspruch auf Auslieferung von dem Inhaber des ersten Exemplares erhoben worden ist.

Hellwig findet, dass diese Grundsätze den entsprechenden Regeln des Bürgerlichen Rechts sehr ähnlich sind. Zwar sieht er diese Ähnlichkeit nicht in der durch § 649 dem Ersterwerber gewährten Vorzugsstellung, sondern weist S. 508 darauf hin, dass hier nach Bürgerlichem Recht der Zweite vorgehen würde, ebenso wie wenn eine durch constitutum possessorium veräusserte Sache zum zweiten Male durch Tradition veräussert wird. Dagegen zieht er (S. 513) eine Parallele zwischen der Präventionswirkung des § 648 HGB. und dem Erwerb durch Vindikationszession vom Nichteigentümer auf Grund des § 934 BGB. — Die einzelnen Folgerungen der streng-relativen Theorie hat dann Makower[1]) gezogen und die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften der §§ 930 ff. BGB. im einzelnen durchgeführt.

2. Vergleicht man die praktischen Konsequenzen der verschiedenen Wirkungen, so bildet den natürlichen Ausgangspunkt:

a) die Übertragung des Eigentums an der Ware durch Papierbegebung seitens des wirklichen Eigentümers. Nach der

[1]) Makower zu § 424 HGB. Hellwig selbst zieht Konsequenzen im einzelnen z. B. auf S. 514.

absoluten Theorie findet die Eigentumsübertragung[1]) ohne weiteres durch Einigung und formgerechte Papierbegebung statt, von dem Zeitpunkte an, wo die Ware vom Transporteur oder Lagerhalter übernommen ist, bis zu dem Augenblick, wo sie auf Grund der Papierpräsentation dem Präsentanten ausgehändigt ist. Eine — übrigens für alle Theorien gleichmässig geltende — Ausnahme ergibt sich, wenn der Transporteur oder Lagerhalter freiwillig die Waren in dritte Hand gibt und ein Gutgläubiger nach den allgemeinen Regeln über den Erwerb vom Nichteigentümer daran Eigentum erwirbt.

Die relative Theorie in der Form der Repräsentationstheorie kann dagegen das Eigentum nur übergehen lassen, solange durch die Papierbegebung mittelbarer Besitz übertragen wird, also insbesondere nicht in den Fällen, wo der Schiffer oder Lagerhalter den Besitz verloren hat, die Ware geraubt, gestohlen, vertauscht, unterschlagen ist. Gelangen solche Waren in die Hand des Schiffers oder Lagerhalters zurück, so wird, wie oben bemerkt, derjenige mittelbarer Besitzer, welcher derzeit das Papier ordnungsmässig erworben, in der Hand hat. Hat dieser unmittelbar vom Eigentümer erworben, der zur Zeit des Besitzverlustes ordnungsmässig das Papier innehatte, so geht auf ihn das Eigentum zur Zeit des nachträglichen Besitzerwerbs[2]) durch Rückkehr der Ware zum Schiffer über[3]); denn es wird zum Eigentumserwerb genügen, wenn der nichtbesitzende Eigentümer sich mit dem Erwerber einigt und diesem später den Besitz verschafft[4]). Sind Zwischenindossamente erfolgt, das Papier also nach dem Besitzverlust

---

[1]) Dass Eigentum übertragen werden soll, wird nach der herrschenden Meinung vermutet. Vgl. RG. 32 S. 30, Makower II b 2 zu § 424 HGB., Kostanecki l. c. S. 35. Da es im geltenden Recht an einem positiven, diese Vermutung anordnenden Rechtssatze fehlt, handelt es sich nicht um eine eigentliche praesumtio juris (vgl. dazu F. Leonhard, Beweislast S. 261), sondern nur um einen Erfahrungssatz, der insbesondere für das Blankopapier im Remboursgeschäft durchaus nicht allgemein zutrifft.

[2]) Gemäss § 929 BGB., wobei immer der Erwerb des mittelbaren Besitzes nach der Repräsentationstheorie den des unmittelbaren Besitzes ersetzt.

[3]) Im Gegensatz zur Vindikationszession, welche sofort das Eigentum überträgt. Im Gegensatz auch zur absoluten Theorie.

[4]) Vgl. dazu das bei Enneccerus, Lehrbuch I [3] § 136 S. 339, und Rechtsgeschäft S. 303, 499 ff., über Realgeschäfte Ausgeführte.

noch durch mehrere Hände gegangen, so erwirbt der letzte Indossatar das Eigentum mit Rückkehr der Ware, aber er erwirbt es vom Nichteigentümer, da der Zwischenindossatar, weil niemals Besitzer geworden, auch das Eigentum nicht erworben hat; es sind in diesem Fall die sogleich noch näher zu besprechenden Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten, insbesondere in Ansehung des guten Glaubens anzuwenden. Gelangt dagegen die Ware nicht in die Hand des Schiffers oder Lagerhalters zurück, so kann die Repräsentationstheorie Eigentumsübergang grundsätzlich nicht annehmen. Hier kann sie ebenso wie für den Eigentumserwerb der Zwischenindossatare nur durch die Annahme dazwischenliegender Vindikationszessionen helfen.

Diese erfordern aber, abgesehen von der Zession des obligatorischen Anspruchs, die Abtretung (bzw. Verschaffung) des dinglichen — gegen jeden eventuellen Besitzer gerichteten — Herausgabeanspruchs [1]), und der Wille der Parteien muss hierauf gerichtet sein [2]). Dies wird nur in Ausnahmefällen zutreffen, nämlich wenn der Besitzverlust den Parteien bekannt ist oder wenigstens als Möglichkeit von ihnen nach Lage der Sache berücksichtigt wird. Dagegen ist es nicht angängig, ohne weiteres — ex lege — die Vindikationszession im Fall des Besitzverlustes anzunehmen. Denn wenn §§ 424, 450, 647 HGB. nach der Repräsentationstheorie anordnen, dass die Übertragung mittelbaren Besitzes als Übertragung unmittelbaren Besitzes fingiert werden soll, so kann mit den gleichen Worten nicht zugleich ausgedrückt sein, dass eventuell eine nicht vorhandene Vindikationszession zu substituieren ist: gerade auf der Betonung des Besitzübergangs beruht der Gegensatz der Repräsentationstheorie zu der streng-relativen Theorie [3]). Wenn die ab-

[1]) Jedenfalls wenn der Vindikationszedent nicht im mittelbaren Besitz ist, vgl. Strohal, Dogm. Jahrb. S. 93 (arg. e contr.), Tillich, Zur Eigentumsübertragung etc. (Marburger Diss. 1905) S. 28. Vgl. übrigens § 986 [2] BGB.

[2]) Dass die Vindikationszession nicht ohne weiteres fingiert werden kann, hat schon Goldschmidt, Handbuch I 2 S. 709, zum alten Recht sehr zutreffend ausgeführt.

[3]) Übrigens würde der Repräsentationstheorie mit der Fiktion von Vindikationszessionen für die unten zu besprechenden Fälle des Erwerbs vom Nichtberechtigten und des Pfandrechtserwerbs nichts geholfen sein. Vgl. unten besonders nr. b—e.

handen gekommene Ware sich in niemandes Besitz befindet, ist zudem nach verbreiteter Meinung eine Eigentumsübertragung durch Vindikationszession überhaupt ausgeschlossen[1]). Die Vindikationszession ist denn auch bisher von seiten der Repräsentationstheorie meines Wissens überhaupt nicht verwertet worden, wie auch der nachträgliche Eigentumserwerb an den in die Hand des Schiffers zurückkehrenden Waren bisher noch nicht geltend gemacht worden ist. Vielmehr ist das Zessieren der eigentümlichen Traditionswirkungen des Papiers im Fall des Besitzverlustes von dieser Seite gerade als eine wichtige Konsequenz dieser Lehre betont worden[2]). Gerade weil aber ausnahmsweise geholfen werden kann, und weil ausnahmsweise Vindikationszession beabsichtigt sein kann, wird die Sachlage besonders unerfreulich kompliziert.

---

[1]) Vgl. Cosack, Lehrb. II § 199 I 1 c, Biermann, Kommentar § 931 n. 3, Planck zu § 931. Anderer Ansicht namentlich Kohler, Arch. für Bürgerl. R. XVIII S. 88, Buhl, Recht der bewegl. Sachen S. 60. Man kann die Übertragbarkeit bedingter Ansprüche zugeben (Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts I [3] S. 461 n. 1), ohne die Übertragbarkeit künftiger, auch nicht bedingt existierender Ansprüche anzunehmen; man kann ferner auch letztere für übertragbar erklären (RG. 55 S. 334, vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 481, a. M. Eccius, bei Gruchot 48 S. 465 ff.), ohne gerade die Eigentumsübertragung von besitzfreien Sachen durch einen noch nicht existierenden Herausgabeanspruch anzunehmen. Denn § 931 BGB. schliesst die Übertragung besitzfreier Sachen deutlich aus, und gegen eine Ausdehnung der Bestimmung lässt sich der Aufbau unseres Übereignungsrechts auf dem Traditionssystem (Biermann l. c.) anführen, sowie die singuläre Natur unserer Vindikationszession im Fall des Mangels von mittelbarem Besitz beim Veräusserer. Andererseits spricht freilich das praktische Bedürfnis für die Zulassung der Vindikationszession bei besitzfreien Sachen, und der Fall liegt auch anders, als wenn etwa der Vindikationszedent den Herausgabeanspruch erst von einem Dritten durch Zession erwerben will. Im letzteren Falle wird durch diese Abtretung des künftigen Anspruchs noch nicht erworbenes Eigentum übertragen (dagegen Kohler l. c. S. 102, vgl. andererseits Enneccerus, Rechtsgeschäft l. c.), bei besitzfreien, im Eigentum des Zedenten stehenden Sachen ist dagegen der Erwerb des Herausgabeanspruchs — wenigstens wenn die Sache abhandengekommen war — für die Regel dem Veräusserer rechtlich gesichert. Die Frage kann hier dahingestellt bleiben.

[2]) Boyens S. 329 unter Hinweis auf die zum alten Recht ergangene Entscheidung des Reichsgerichts 16 S. 41 (vgl. unten VII), Schaps zu § 647. Auch K. Lehmann zu § 424 S. 303 betont das Zessieren der Traditionsgrundsätze ausdrücklich, ohne sich der Repräsentationslehre anzuschliessen.

Viel einfacher stellt sich diese Frage für die streng-relative Theorie. Sie wendet die Vindikationszessionsgrundsätze „analog" an und kann durch Papierbegebung seitens des wirklichen Eigentümers gemäss § 931 BGB. stets Eigentum an der Ware übergehen lassen; eine Ausnahme besteht hier höchstens, wenn die Ware derart aus der Hand des Schiffers gekommen ist, dass sie zurzeit in niemandes Besitz steht[1]). Im Gegensatz zur absoluten Theorie muss aber vom Standpunkt der streng-relativen angenommen werden, dass der dinglichen Klage des Konnossementserwerbers die gegen den Vormann begründeten Einwendungen entgegengesetzt werden können (§ 986[2]). Dies zessiert nur, soweit der durch Begebung des Order- oder Inhaberkonnossements gegen den Aussteller begründete selbständige obligatorische Anspruch reicht[2]). Ist übrigens der Schiffer oder Rheder selbst Eigentümer des Guts und veräussert er selbst durch Papierbegebung an den Papierempfänger, so finden nach der streng-relativen Theorie nicht die Grundsätze von der Vindikationszession, sondern vom constitutum possessorium Anwendung[3]).

b) Veräussert ein Nichteigentümer mittels Konnossementsbegebung, so erwirbt nach der absoluten Theorie der gutgläubige Erwerber gemäss § 932 BGB. Eigentum, aber ohne jede Rücksicht auf die Besitzfrage.

Nach der Repräsentationstheorie tritt im Falle des Vorliegens mittelbaren Besitzes in gleicher Weise mittels fiktiver Anwendung des § 929 BGB. Eigentumserwerb nach § 932 BGB. ein. Falls[4]) die Waren vorübergehend aus dem Besitz gekommen sind, also die Übertragung durch den nichtbesitzenden Nichteigentümer erfolgte, wird das Eigentum aber erst erworben, wenn das Gut zum Schiffer bzw. Lagerhalter zurückkehrt und der Erwerber auf Grund der Papierbegebung nunmehr den mittelbaren Besitz erwirbt, immer unter der Voraussetzung, dass sein guter Glaube noch andauert. Ebenso erwirbt nach der

---

[1]) Vgl. oben S. 168 n. 1. [2]) Vgl. auch Makower II b 2 a. E.

[3]) Diesen Punkt hat Makower l. c. im einzelnen verfolgt. Er wird im folgenden nicht weiter berücksichtigt, da er praktisch selten ist.

[4]) Das Folgende ist, soweit ich sehe, von den Vertretern der Repräsentationslehre nicht berücksichtigt.

Repräsentationstheorie unter der gleichen Voraussetzung der Gutgläubige nachträglich Eigentum, wenn der veräussernde Nichteigentümer ihm den Besitz der Ware anderweit verschafft, wohin man insbesondere den Fall rechnen kann, dass der Papiererwerber vom Drittbesitzer (dem Dieb, falschen Adressaten etc.) die Ware auf Grund des Papiers freiwillig ausgehändigt bekommt. Trifft dies nicht zu und kommt die Ware auch sonst zum Transporteur bzw. Lagerhalter nicht zurück, so kann auch hier nur mit Vindikationszession geholfen werden, und zwar auch hier nur, wenn diese von den Parteien ausnahmsweise besonders beabsichtigt war. Der Erwerber bekommt aber auch im Fall der Vindikationszession gemäss § 934 BGB. Eigentum erst, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, „einseitige Besitznahme oder Besitzübertragung seitens jemandes, der den Besitz an der dem Dritten nach der Vindikationszession abhanden gekommenen Sache erlangt hat, genügt nicht“ [1]); dagegen genügt Erlangung mittelbaren Besitzes „vom Dritten“ [2]). Jedenfalls aber muss der Erwerber sowohl im Augenblick der Papierbegebung wie zur Zeit des Besitzerwerbes im guten Glauben sein (§ 934 BGB. a. E.), er erwirbt also nicht Eigentum, wenn er vor dem Besitzerwerb von dem Rechtsmangel erfährt; dies ist besonders wichtig, wenn der veräussernde nichtbesitzende Nichteigentümer deshalb nicht Eigentümer geworden war, weil schon zur Zeit seines Vormanns der Besitz der Ware verloren ging (vgl. oben S. 167), und wenn der Erwerber vor der Besitzerlangung hiervon Kenntnis erhält. In allen Fällen der Papierbegebung durch einen Nichtbesitzer ist der Zeitpunkt des Eigentumserwerbes hier derjenige des nachträglichen Besitzerwerbes im Gegensatz zur absoluten Theorie, nach welcher der Erwerb mit der Papierbegebung ein-

---

[1]) O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 42, Biermann und Staudinger zu § 934.

[2]) Daher gelangt man bei Anwendung der Vindikationszessionsgrundsätze ebenfalls zu dem Ergebnis, dass das Eigentum an der Ware, die in die Hand des Schiffers zurückkehrt, nachträglich erworben wird. Doch ist es für die Repräsentationstheorie wichtig, dass sie zu diesem Resultat schon durch fiktive Verwendung der §§ 929, 932 kommt, weil die Vindikationszession selten beabsichtigt sein wird.

tritt. Die Ware fällt also zur Konkursmasse desjenigen Papierinhabers, zu dessen Zeit die Ware aus dem Besitz des Transporteurs oder Lagerhalters gekommen ist; dies ändert sich nur, wenn — vor dem Konkursbeginn — einer der nachfolgenden Indossatare unmittelbar oder mittelbar den Besitz erwirbt, und auch in diesem Fall — wie sich aus dem Vorstehenden ergibt — nicht ausnahmslos. Da der Gutgläubige bei dem Papierempfang hiernach niemals mit Sicherheit wissen kann, wann und ob er Eigentum erwirbt, ist das Resultat sehr unbefriedigend.

Nach der streng-relativen Theorie [1]) finden immer die Vindikationsgrundsätze „analog" Anwendung, so dass hier ein besonders auf Vindikationszessin gerichteter Wille nicht vorhanden zu sein braucht. Ist der Veräusserer mittelbarer Besitzer, so tritt der Erwerb mit der Papierbegebung ein, andernfalls auch hier natürlich erst mit dem nachträglichen Besitzerwerb. Dabei muss auch hier der gute Glaube im Zeitpunkt dieses Besitzerwerbs noch vorhanden sein; Kenntnis von dem Umstand, dass der Veräusserer nicht Eigentümer geworden war, weil er den Besitz nicht erlangt hatte, schadet auch hier. Der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs ist auch hier ganz ungewiss, und dies steht wenig im Einklang mit der Auffassung des Handelsverkehrs, „der beim Verkaufe abgeladener und schwimmender Ware auf Orderkonnossement gerade voraussetzt, dass der Käufer durch das Orderkonnossement zur sofortigen Verfügung über die Ware in Stand gesetzt ist" [2]).

c) Das Erlöschen der das veräusserte Gut belastenden Rechte Dritter zugunsten des Gutgläubigen gemäss § 936 BGB. erfolgt nach der absoluten Theorie sofort mit der Begebung des Papiers, die den Eigentumsübergang herbeiführt. Es erlöschen auch diejenigen Rechte, welche dem derzeitigen unmittelbaren Besitzer zustehen, da es sich nicht um einen Erwerb gemäss § 931 BGB. handelt und daher § 936 [3] BGB. nicht zur

---

[1]) Vgl. Makower zu § 424 3 β. Wenn sich Makower auf RG. 32 S. 20 bezieht, so kann ich nicht finden, dass in dieser Entscheidung irgendwie angedeutet ist, der durch Konnossement Veräussernde (Verpfändende) müsse sich im mittelbaren Besitz befinden.

[2]) Worte des Reichsgerichts 32 S. 21 in anderem Zusammenhang.

Anwendung gelangt [1]; ausgenommen sind natürlich diejenigen Rechte, welche aus dem Text des Traditionspapiers oder der blossen Tatsache der Papierausstellung sich ergeben wie die gesetzlichen Pfandrechte des Schiffers, Lagerhalters, Frachtführers. Bezüglich dieser fehlt der gute Glaube (§ 936 [2]). Man kann sich also auf den Inhalt des Papiers verlassen.

Für die Repräsentationstheorie gilt das gleiche, sofern mittelbarer Besitz übertragen wird [2]. Fehlt dieser und kommen ausnahmsweise die Grundsätze der Vindikationszession zur Anwendung, so tritt das Erlöschen der Rechte Dritter erst mit der Erlangung „des Besitzes von dem Veräusserer" ein, und sämtliche Rechte des Drittbesitzers, also auch Konventionalpfand, Pfändungspfandrecht, Niessbrauch etc. bleiben gemäss § 936³ BGB. bestehen.

Die streng-relative Theorie kann ebenfalls die Rechte Dritter nur untergehen lassen, wenn der Veräussernde im mittelbaren Besitz war; sonst erst bei nachträglicher Erlangung des Besitzes. Die Rechte des Drittbesitzers selbst erlöschen hier niemals (§ 936³) [3]. Man weiss also hier wie bei der Repräsentationstheorie nie, was noch an kollidierenden Rechten zum Vorschein kommen kann.

d) Einer der praktisch-wichtigsten Punkte endlich ist die Erwerbung des Konventionalpfandes mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins. Nach der absoluten Theorie erfolgt die Bestellung des Pfandes gemäss § 1205¹ BGB. ohne weiteres durch die Begebung des Papiers; diese hat „dieselbe Wirkung wie die Übergabe". Die Repräsentationstheorie dagegen kann die Verpfändung durch Papierbegebung nur annehmen, wenn der Verpfänder im mittelbaren Besitz ist oder doch dem Pfandgläubiger diesen nachträglich verschafft [4]; fehlt dies, so ist eine Verpfändung durch Papierbegebung überhaupt nicht möglich; denn selbst wenn der Wille der Parteien auf eine Verpfändung mittels Anspruchabtretung gerichtet wäre, könnte diese die Wirkung der Verpfändung nicht haben, weil sie gemäss § 1205² BGB.

---

[1] Vgl. Staub a. 33 zu § 363, a. 10 zu § 365 HGB.

[2] Vgl. Düringer-Hachenburg zu §§ 366, 367 S. 469 cc.

[3] So von seinem Standpunkt mit Recht Makower S. 1392.

[4] Vgl. oben S. 166 bei n. 4.

nur bei mittelbarem Besitze des Verpfänders möglich ist[1]). Auch eine bloss zeitweise Entfremdung der Ware aus dem mittelbaren Besitz des Konnossementsinhabers macht die Pfandbestellung dann unmöglich[2]). Eine nachträgliche Heilung gibt es hier nicht.

Die streng-relative Theorie endlich muss in allen Fällen der Verpfändung die Grundsätze der Pfandbestellung mittels Anspruchabtretung gemäss § 1205[2] anwenden: auch nach ihr kann also ein Pfandrecht überhaupt nicht entstehen, wenn der mittelbare Besitz fehlt; vor allem aber muss sie stets die Anzeige der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer fordern; die Verpfändung von Waren durch Konnossement kann also nur mittels Anzeige an den auf dem Wasser schwimmenden Schiffer bzw. den Rheder geschehen, die Verpfändung der im Lagerhaus ruhenden Ware nur mittels Anzeige an den Lagerhalter[3]).

Man kann diesem letzteren, praktisch ganz unerträglichen Resultat[4]) nicht durch den Hinweis darauf ausweichen, dass die Indossierung der Traditionspapiere zu Verpfändungszwecken durch uneingeschränktes Vollindossament oder (besonders häufig) durch einfaches Blankoindossament erfolgt und dass die Pfandfrage gleichgültig ist, weil der Eigentumserwerb des Indossatars bzw. des Inhabers des in blanko indossierten Papiers vermutet wird[5]). Diese Eigentumsvermutung verschiebt günstigstenfalls[6])

---

[1]) Es genügt zur Verpfändung nicht die Erfüllung des Tatbestandes von § 931, sondern es muss — ganz abgesehen von der Anzeige — der Tatbestand des § 870 erfüllt sein.

[2]) Wegen der Übertragbarkeit des Pfandrechts mit der Forderung vgl. §§ 1250, 401 BGB., doch finden diese Grundsätze auf die Indossierung eines durch Traditionspapier gedeckten Wechsels, den praktischen Hauptfall, nicht Anwendung, weil das Indossament keine Abtretung ist. Vgl. noch RG. 41 S. 171.

[3]) Diese Konsequenz zieht ausdrücklich Makower zu § 424 II b 5, β u. γ.

[4]) Dagegen auch K. Lehmann zu § 424 HGB. n. 11.

[5]) RGE. 4 S. 148, 32 S. 30. Ruepprecht, Das Recht der Lagergeschäfte S. 69 f., denkt wohl an etwas ähnliches, zieht aber unzulässigerweise die Grundsätze §§ 1292 ff. BGB. über die Verpfändung von Wertpapieren heran, die nur für die Forderungsverpfändung zu verwenden sind. Die Gefahren des „verkappten“ Pfandindossaments hat er richtig erkannt.

[6]) Vgl. oben S. 166 n. 1.

lediglich die Beweislast; das „verkappte Pfandindossament" bleibt immer Pfandindossament[1]), es muss allen an ein solches zu stellenden Anforderungen genügen. Man kann auch insbesondere für das in blanko indossierte Orderkonnossement — welches praktisch den Regelfall bildet — nicht annehmen, dass es da, wo es (wie für die beim Remboursgeschäft beteiligten Banken) zu Sicherungszwecken erteilt wird, etwa einer Sicherungsübereignung dient. Dies mag für das englische Recht gelten, wo überhaupt das mortgage an Mobilien bedingte Eigentumsübertragung ist[2]); im Geltungsbereich des deutschen Rechts haben die durch solches Konnossement Gesicherten, insbesondere die Banken, keinen Zweifel darüber, dass sie Pfandrecht und nicht bedingtes Eigentum an den Waren erwerben. Zudem ist ein eigentliches, „offenes" Pfandindossament bei Traditionspapieren praktisch keineswegs ausgeschlossen[3]); es kommt insbesondere beim Lagerschein häufig vor und kann, wie Kostanecki mit Recht ausführt, bei Verpfändungen mittels Lagerscheins (im Gebiet des Einscheinsystems) sogar als eigentliche Regel angesehen werden. — Dagegen könnte vom Standpunkt der streng-relativen Theorie in Betracht kommen, ob man nicht die Anzeige mit Rücksicht auf §§ 1205², 1206 vermeiden könnte. Wenn nämlich zur Verpfändung die Einräumung mittelbaren Mitbesitzes mit der Massgabe, dass die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann, gemäss § 1206 BGB. genügend ist, und wenn auf diese Weise gerade für die Pfandsicherung bei indossablen Forderungen Vorsorge getroffen ist[4]), so liegt es nahe anzunehmen, dass eine gültige Verpfändung auch erfolgt, wenn von vornherein

---

[1]) Vgl. v. Kostanecki S. 59.

[2]) Dem entspricht die von Kostanecki mit Recht betonte Eigentümlichkeit des englischen Zweischeinsystems gegenüber dem kontinentalen Zweischeinsystem. Vgl. dazu auch Hachenburg, 21. Juristentag II S. 201 ff.

[3]) Die Zulässigkeit hat für das neue Recht schon Simonson, Goldsch. Zeitschr. 45 S. 580 dargetan; die Denkschrift spricht nur vom besonderen Lagerpfandschein und steht nicht entgegen. Zweifelnd anscheinend K. Lehmann zu § 424 S. 305 betreffs der Bedeutung der Pfandklausel unter Verweisung auf RG. 4 S. 148, wo aber die Pfandklausel nicht ausgeschlossen ist.

[4]) Vgl. Planck zu § 1206 nr. 2 und Staudinger zu § 1206 nr. 1 b β, dazu Prot. II S. 440.

feststeht, dass der unmittelbare Besitzer nur an den jeweiligen Pfandgläubiger herausgeben darf. Die entscheidende Beredung zwischen Eigentümer und unmittelbarem Besitzer wäre danach bereits mit der Ausstellung des Traditionspapiers gegeben, der nachträglichen Anzeige bedürfte es nicht. Indessen würde diese Deduktion für den wichtigsten Fall, den der Ausstellung mehrerer Konnossemente, versagen, man müsste denn [1]) eine Verpfändung der Ware hier immer nur mittels Übergabe der sämtlichen ausgestellten Konnossemente, des full set, gestatten: Damit macht man das jetzt im Handel übliche [2]) Verfahren der Ausstellung mehrerer Konnossemente unmöglich, bricht also dem Konnossementsinstitut die praktische Spitze ab und setzt sich zugleich in Gegensatz zum Handelsgesetzbuch, welches durch seine eingehenden Bestimmungen über die Mehrheit von Konnossementen deren herkömmlichen Gebrauch im Handel sichern will.

Was die Begründung des Pfandrechts durch einen Nichtberechtigten anlangt, so würde diese nach der absoluten Theorie, guten Glauben des Erwerbers vorausgesetzt, alsbald mit der Papierbegebung erfolgen. Nach der Repräsentationstheorie würde das gleiche Resultat sich ergeben, sofern der Begebende sich im mittelbaren Besitze des Gutes befindet; andernfalls ist hier, wie bereits bemerkt, ein Pfandrechtserwerb überhaupt ausgeschlossen. Nach der streng-relativen Theorie liegt es ebenso.

Man kann diese Betrachtungen leicht im einzelnen weiterführen. Das Gesagte wird aber genügen, um darzutun, dass die praktischen Gegensätze der drei Grundanschauungen gross sind. Dabei zeigt die absolute Theorie einfache, leicht verständliche Resultate. Dagegen sind die relativen Theorien für den im Verkehr stehenden Kaufmann in ihren einzelnen Folgerungen m. E. überhaupt nicht zu überblicken. Die Einmischung unseres komplizierten Fahrniserwerbsrechts und der Aufbau auf der doch noch recht strittigen und nicht leicht zu handhabenden Lehre vom mittelbaren Besitz macht sie auch

---

[1]) So M. Wolff, Juristische Gesellschaft l. c. S. 94, aber vom Standpunkt der Repräsentationstheorie.

[2]) Und zwar nicht nur im deutschen, sondern im internationalen Handel üblich; vgl. für das englische Recht z. B. Phillimore bills of lading bei Renton, Enzyklopaedia 2 S. 122, 124 unten.

innerlich schwerfällig. Die praktischen Unzuträglichkeiten lassen sich entweder gar nicht oder nur durch Künsteleien vermeiden. Die absolute Wirkung entspricht jedenfalls am meisten dem Zweck der Traditionspapiere, den nach der hier in Betracht kommenden Richtung Goldschmidt für das Konnossement klassisch mit den Worten charakterisiert hat[1]):

„Je umfassender die Rechte sind, welche sich an den Konnossementserwerb knüpfen, um so sicherer entspricht das Konnossement seinem wirtschaftlichen Zweck, ein Werkzeug des merkantilen Güterumlaufs zu sein. Der Konnossementsinhaber erwartet, und diese Erwartung bildet die Grundlage der den Konnossementserwerb begleitenden Handelsoperationen, nicht allein, dass die verzeichneten Güter ihm werden ausgeliefert werden, sondern auch, dass ihm ein durchaus sicheres, durch keinerlei in die Zeit zwischen Empfang des Konnossements und Empfang der Ware fallende Umstände zu beeinträchtigendes Recht zustehe".

Es fragt sich, ob unsere Rechtsordnung durch ihre positive Gestaltung die Verwirklichung dieses Zweckgedankens ausschliesst.

IV.

1. Wenn die relativen Theorien den Erwerb der Sachenrechte durch Traditionspapierbegebung in irgendeiner Weise auf den durch die Papierbegebung erfolgenden Besitzerwerb zurückführen, so bietet jedenfalls der Wortlaut der §§ 424, 450, 647 HGB. dafür keinen Anhaltspunkt. Es heisst da übereinstimmend, dass die Papierübergabe „für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Gutes" hat. Es ist also lediglich die Wirkung beider Übergaben gleichgestellt, und zwar nur in Ansehung des Sachenrechtserwerbs, nicht findet eine Gleichstellung der Übergabeakte als solcher statt. Hierzu hätte es mindestens einer Wendung wie „wirkt als Übergabe" oder ähnlich bedurft. Dass andererseits die Worte „von Rechten an dem Gut" nicht den Besitz mit umfassen, ist bereits ausgeführt[2]). Wenn sich Makower (S. 1389 unten) für die gegenteilige Ansicht auf die

[1]) Handbuch S. 700. [2]) Oben S. 154.

Protokolle zum alten Handelsgesetzbuch beruft[1]), so spricht gegen seine Argumentation entscheidend der Umstand, dass das alte Handelsgesetzbuch (a. 649) die „von der Übergabe der Güter abhängigen Rechte" betraf, während jetzt nur von den „Rechten an dem Gute" die Rede ist. Zudem ist nicht einmal für das alte Handelsgesetzbuch aus den gelegentlichen Äusserungen der Protokolle[2]) eine so weitgehende Folgerung zu ziehen angesichts der damals noch vielmehr als heute bestrittenen Frage, ob der Besitz ein Recht überhaupt ist. Bei unbefangener Betrachtung kann man aus den Worten der §§ 424, 450, 647 HGB. nur herauslesen, dass die Übergabe des Papiers als solche — ohne Rücksicht auf den Besitzübergang — die Wirkung hat, welche sonst der Übergabe zukommt, und zwar der Übergabe des unmittelbaren Besitzes: das ist die absolute Wirkung der Papierbegebung.

Aber auch wenn man in dem Wortlaute der §§ 424, 450, 647 HGB. irgendeinen Hinweis auf die Heranziehung der allgemeinen Normen über Sachenrechtserwerb sehen könnte, vermöchten die vom Gesetz gewählten Worte weder die Repräsentationstheorie noch die streng-relative Theorie im einzelnen zu rechtfertigen. Zur Begründung der streng-relativen Theorie wird zunächst darauf hingewiesen[3]), die Worte „Übergabe des Guts" seien gleichbedeutend mit „Besitzübertragung überhaupt" und gestatteten die Heranziehung der Normen der §§ 930, 931 BGB., weil das noch einmal in dem gleichen Satz vorkommende Wort „Übergabe" („Übergabe des Lagerscheins" etc.) ebenfalls „Besitzübertragung überhaupt" bedeute. Es ist aber nicht einzusehen, warum zwei gleiche Worte in demselben Satz nicht verschiedene Bedeutung haben könnten. Dazu kommt als weiterer Gegengrund, dass bekanntlich vielfach angenommen wird, die Begebung des Traditionspapiers müsse immer durch Übergabe unmittelbaren Besitzes erfolgen[4]). Man wird frei-

[1]) Herausgegeben von **Lutz** S. 4020, 4031.

[2]) Von diesen Äusserungen suchte übrigens die auf S. 4031 einen sogleich zurückgezogenen Antrag zu begründen; ganz abgesehen von allen Bedenken gegen Schlüsse aus gelegentlichen Beratungsäusserungen.

[3]) **Makower** zu § 424 S. 1389.

[4]) So besonders K. **Lehmann** zu § 424 n. 9, ferner **Schaps** zu § 647 a. 6;

lich nicht ganz soweit zu gehen brauchen. Der Präsentationspapiercharakter des Papiers spricht jedenfalls zwingend gegen das constitutum possessorium und gegen die reine Vindikationszession (ohne mittelbaren Besitzübergang); wird dagegen der mittelbare Besitz des Papiers infolge der Herausgabeanspruchsabtretung für den Erwerber durch Vermittelung eines Dritten (etwa eines Bankiers, der das Papier aus dem offenen Depot des einen Kunden in das des anderen Kunden nimmt) derart hergestellt, dass der Erwerber das Papier jederzeit dem Schuldner zu präsentieren in der Lage ist, so wird die bloss mittelbare Besitzübergabe nichts schaden; indessen ist zu beachten, dass die bloss formlose Anspruchsabtretung gemäss § 870 BGB. in den meisten Fällen von dem Verwahrer, insbesondere einem Bankier, nicht beachtet werden wird, also auch nicht den mittelbaren Besitz überträgt [1]); die Übergabe mittelbaren Besitzes wird daher von dem Ausdruck „Übergabe des Lagerscheins (Ladescheins, Konnossements)" längst nicht im vollen Umfange mitumfasst. Endlich wird zur Begründung der streng-relativen Theorie angeführt, dass der Ausdruck „Übergabe des Guts" jedenfalls die Übergabe mittelbaren Besitzes mit umfassen könne, und dass er hier in diesem Sinne zu verstehen sei, weil man die Verfügungspapierübergabe „derjenigen Art der Besitzübertragung gleichzustellen" hat, „der sie am meisten ähnelt" [2]). Es ist nun zwar richtig, dass das Wort „Übergabe" auch die Übergabe mittelbaren Besitzes gelegentlich — insbesondere in §§ 369, 370 HGB.s — mitumfasst, wenngleich es im allgemeinen und im Zweifel eine engere Bedeutung hat [3]). Indessen wenn das Wort „Übergabe" auch die mittelbare Besitzübergabe deckt, so deckt es darum noch nicht die von der

---

dagegen Makower zu § 424 I c 1 S. 1387. Vgl. übrigens § 1117 BGB. und den Verweis daselbst auf §§ 930, 931 BGB.

[1]) Vgl. dazu oben S. 151. [2]) Makower S. 1389.

[3]) Wenn auch der Ausdruck Übergabe in den Vorschriften des BGB. über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nicht ausschliesslich unmittelbaren Besitzerwerb bedeutet (Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 57 ff.), so bedeutet er doch wenigstens einen Akt, durch welchen der Veräusserer den unmittelbaren Besitz aufgibt (vgl. z. B. Biermann zu § 929), falls er ihn gehabt hat.

streng-relativen Lehre hauptsächlich verwertete Rechtsübertragungsform mittels Vindikationszession gemäss § 931, da diese zwar mit mittelbarer Besitzübergabe zusammenfallen kann, aber durchaus nicht zusammenfallen muss und daher unter das Wort „Übergabe" keinesfalls subsumiert werden darf.

Auf der andern Seite kann sich die Repräsentationstheorie noch weniger als die streng-relative Lehre auf den Wortlaut berufen. Denn wenn man überhaupt den Rechtserwerb mittels Traditionspapiers auf den Besitzerwerb zurückführt, so kann man ihn doch jedenfalls nur auf diejenige Form des Besitzerwerbs zurückführen, der wirklich durch die Papierbegebung herbeigeführt wird, d. h. auf den Erwerb mittelbaren Besitzes. Soll dieser aber die Wirkungen des Erwerbs unmittelbaren Besitzes nach sich ziehen, so müsste dies doch irgendwie ausgedrückt sein. In dem Wortlaut der §§ 424, 450, 647 HGB. findet sich für eine solche Gesetzesfiktion aber nicht der mindeste Anhaltspunkt. Bedeutet „Übergabe des Guts" den Erwerb mittelbaren Besitzes, so tritt auch nur dessen Wirkung ein; bedeutet es aber den Erwerb unmittelbaren Besitzes, so enthalten die Bestimmungen in ihrem Wortlaut auch nicht den geringsten Hinweis darauf, dass der Rechtserwerb hier auf den Erwerb mittelbaren Besitzes zurückzuführen ist. Vom Standpunkte der relativen Theorie könnte man also günstigstenfalls herauslesen, dass soweit mittelbarer Besitz durch die Papierbegebung übergeht, für den Erwerb der Sachenrechte auch die Wirkungen des Erwerbs bloss mittelbaren Besitzes eintreten; also etwas völlig Selbstverständliches. Selbst dies scheitert aber, wie gesagt, an der Wendung „dieselbe Wirkung wie die Übergabe des Guts".

Sieht man auf den Wortlaut, so könnte man auf den ersten Blick eher geneigt sein, aus den §§ 369, 397, 410, 421, 440 HGB. die relative Theorie herauszulesen. Es wird weiter unten darzutun sein, dass auch diese Bestimmungen keine entscheidende Bedeutung haben können.

2. Was der Wortlaut der §§ 424, 450, 647 lehrt, scheint auch die Entstehungsgeschichte der neuen reichsrechtlichen Bestimmungen zu bestätigen. Bei der endgültigen Beratung des alten Handelsgesetzbuchs im Jahre 1860 hatte man es nach

Lage der Protokolle offenbar absichtlich vermieden, in der Frage nach dem Wesen des Rechtserwerbes durch Konnossement (a. 649) feste Stellung zu nehmen, war doch in der ersten Seerechtsberatung die dingliche Wirkung des Konnossements gerade u. a. wegen ihrer „Unkonstruierbarkeit" gestrichen worden. Als sie in der Sitzung vom 18. April 1860 in zweiter Lesung dennoch aufgenommen wurde, begnügte man sich damit, zu ihren Gunsten auf das kaufmännische Bedürfnis, insbesondere für den Fall des Konkurses des Abladers, hinzuweisen, und man vermied es, auf den Gegeneinwand einzugehen, dass die Anerkennung einer symbolischen Tradition mit dem gemeinen Recht nicht im Einklang stünde (S. 4017). Nur gelegentlich erscheint zur Begründung eines alsbald zurückgezogenen Antrags auf gesetzliche Statuierung der Rückziehung des Begebungsaktes die Bemerkung [1]), dass nicht symbolische Tradition anzunehmen sei — wozu viele theoretisch geneigt zu haben scheinen — sondern „dass der Schiffer durch Übernahme der Güter und Zeichnung der Konnossements Besitz ergreife für eine unbestimmte Person, den legitimierten Konnossementsinhaber . . ., infolge davon erlange der Erwerber des Konnossements tatsächlich den Besitz". Dies ist eine der von Goldschmidt später bekämpften Besitztheorien.

Es war natürlich, dass man in den siebziger Jahren, als man an die Kodifikation des Reichsrechts ging, in der Konnossementsfrage zunächst unter dem Zeichen Goldschmidts stand. Johow, der Redaktor des Sachenrechts des BGB.s, hat sich, was m. W. bisher nicht beachtet worden ist, in seiner grossen Vorarbeit eingehend mit der Frage befasst. Er suchte in längerer Ausführung die Goldschmidtsche Konstruktion im Anschluss an ROHG. 25 S. 352 ff. gegen Exner zu verteidigen und hielt es für „nicht bedenklich" [2]), in das BGB. den Satz aufzunehmen:

„Dass durch die Übergabe eines über niedergelegte, aufgespeicherte oder auf dem Transport befindliche Sachen

[1]) S. 4031; vgl. dazu die Bemerkung in der Begründung des Antrags S. 4024 unten.

[2]) Vorentwurf des Redaktors, Begründung Bd. I S. 403.

ausgestellten, auf den Empfänger übertragenen Lagerscheins, Ladescheins, Konnossements oder ähnlichen Papiers der Empfänger den Besitz der Sachen erwerbe, wenn er mittels des Papiers in der Lage ist, über dieselben zu verfügen".

Trotzdem widerriet er der Aufnahme der Bestimmung, weil es sich hier überall um feine Fragen der juristischen Konstruktion handele und für das Gesetz in der Wendung des a. 649 HGB. ein bewährtes Mittel bereits gefunden sei, feste Normen auch ohne Entscheidung in der Besitzfrage aufzustellen. Er schlug die Aufnahme folgender Bestimmungen [1]) vor:

§ 136 des Vorentwurfs. Bei aufgespeicherten, niedergelegten oder auf dem Transport befindlichen Sachen steht die Übergabe des auf den Empfänger übertragenen Lagerscheins, Ladescheins, Konnossements oder ähnlichen Papiers der Übergabe der Sache gleich, wenn der Empfänger mittels des Papiers in der Lage ist, über dieselbe zu verfügen.

§ 467 des Vorentwurfs. Bei der Verpfändung aufgespeicherter, niedergelegter oder auf dem Transport befindlicher Sachen steht die Übergabe des auf den Empfänger übertragenen Lagerscheins, Ladescheins, Konnossements oder ähnlichen Papiers der Übergabe der Sache gleich, wenn der Empfänger mittels des Papiers in der Lage ist, über dieselbe zu verfügen. — Kommt die Sache, bevor sie dem Pfandgläubiger ausgeliefert worden, ohne dessen Willen in den Besitz eines Dritten, so finden die Bestimmungen des § 442 Abs. 2 und 3 Anwendung [2]).

Diese Vorschläge lehnten sich an die Formulierung und an die Grundgedanken des preussischen Rechts an. Das ALR. I, 20 §§ 329 ff. hatte in sehr eingehenden Bestimmungen die Traditionspapierbegebung als Fall der symbolischen Tradition hingestellt und dementsprechend hatte der preussische Entwurf zum alten HGB. a. 230 die Fassung vorgeschlagen: „Die Übergabe

---

[1]) Vgl. dazu Begründung Bd. II S. 767 ff. u. Bd. III S. 1817 u. S. 1881 ff.

[2]) Die zuletzt angezogenen Bestimmungen § 442 des Vorentwurfs gewähren dem Pfandgläubiger gegen den Dritten einen Herausgabeanspruch nach Analogie des Eigentumsanspruchs.

des indossierten Konnossements oder Duplikats des Frachtbriefs oder Ladescheins an den Indossator steht der Übergabe der Waren gleich". Obwohl der a. 649 des alten HGB. diese Fassung, wie erwähnt, vermied und statt dessen die Wendung gebrauchte: „Die Übergabe des . . Konnossements . . hat . . dieselbe Wirkung wie die Übergabe der Güter", wurde die preussische Fassung doch später im Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 14 und in dem vielfach nachgeahmten § 5 des preussischen Ausführungsgesetzes zur Konkursordnung[1]) wieder aufgenommen, und Johow betonte sie durch den Zusatz, „wenn der Empfänger mittels des Papieres in der Lage ist, über dieselbe zu verfügen", noch besonders stark. Was man in a. 649 HGB. vermieden hatte, sollte also jetzt Reichsrecht werden. Johow selbst ist sich darüber offensichtlich nicht ganz klar gewesen; er nahm nämlich irrtümlich an, dass das preussische Ausführungsgesetz zur Konkursordnung sich des a. 649 des alten HGB. als „Vorbild" bedient habe[2]), während das Urbild im Gegenteil gerade der alte preussische Entwurf zum HGB. war. Darum glaubte er auch selbst gesetzestechnisch in den bewährten Bahnen des a. 649 zu wandeln.

Bereits die erste Kommission zum BGB. hat Johows Vorschlag abgelehnt. Der erste Entwurf enthielt die vorgeschlagenen Bestimmungen nicht. Die Motive (III, 90) bemerken: „Für gewisse Fälle der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen ist im Handelsverkehr von den Erfordernissen der Sachtradition abgesehen und die Tradition der handelsrechtlichen Verfügungspapiere für genügend erklärt. Derartige handelsrechtliche Vorschriften bestimmen nicht einen qualifizierten konsensualen Besitzwechsel, sondern enthalten eine Ausnahme von den gesetzlichen Erfordernissen der Sachübergabe, gehören also unter die Vorschriften über die Eigentumserwerbung".

Dementsprechend hat man später bei der Redaktion dieser handelsrechtlichen Vorschriften — die man dann nicht ins BGB., sondern in die Spezialgesetzgebung aufgenommen hat — nicht die preussische Fassung verwendet, sondern der eigentlichen Absicht Johows folgend, die Formel des alten HGB. bewahrt:

[1]) Vgl. oben S. 141. [2]) Bd. III S. 1818.

„hat dieselbe Wirkung wie die Übergabe der Güter". So schon im Binnenschiffahrtsgesetz und weiterhin in §§ 424, 450, 647 HGB.[1]).

Soweit man hiernach die Redaktionsgeschichte überblicken kann, spricht auch sie entschieden für die Auslegung zugunsten der absoluten Theorie. Man hat offenbar wie schon ehemals in Hamburg den Rechtsübergang von der Besitz- bzw. Detentionsfrage geflissentlich unabhängig gestaltet.

3. Mag man aber auch die Fassung des Gesetzes nicht für hinreichend deutlich halten. Entscheidend für die absolute Wirkung der Traditionspapierbegebung spricht die ganze Stellung dieser Papiere in unserem Rechtssystem.

Aus willkürlichen Konstruktionen, die man als Luftschlösser über den einzelnen positiven Rechtssätzen beliebig errichten kann, dürfen praktische Konsequenzen nicht gezogen werden. Eine logische Geschlossenheit des Rechtssystems, die in allen Zweifelfragen eine restlose Deduktion gestattete, gibt es nicht[2]). Auch der Umstand, dass einem Rechtsinstitut, wie hier dem Traditionspapier, eine grössere Gruppe von Rechtssätzen gegenübersteht, die einer verwandten Aufgabe dienen — hier die Vorschriften des BGB. über den Erwerb von Fahrnisrechten — genügt nicht, um das speziellere Institut den Rechtssätzen des allgemeineren ohne weiteres unterzuordnen. Eine solche Deduktion ist im Grunde offenbar mehrfach die Grundlage der Repräsentationstheorie gewesen: wie wenig sie durchgreift, zeigt schon ein einfacher Hinweis auf die Möglichkeit des Eigentumserwerbs an Schiffen durch blossen Vertrag und auf den Pfandrechtserwerb durch Verbodmung.

Aber auch eine äussere Ähnlichkeit der Vorschriften über Traditionspapiere in Einzelheiten — wie sie besonders Hellwig für den Fall mehrfacher Konnossementszeichnung betont[3]) — würde eine solche Heranziehung der allgemeinen Normen des BGB.

---

[1]) Vgl. oben S. 142 ff.

[2]) Vgl. die an E. J. Bekker und R. Stammler anknüpfenden Ausführungen E. Jungs, Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts 1900, besonders S. 14 ff. Vgl. auch die Ausführungen Ehrlichs, Freie Rechtsfindung 1903 gegen die „technische Rechtsfindung".

[3]) Vgl. oben S. 163 ff.

noch nicht zu tragen vermögen. Zunächst ist diese Aehnlichkeit nicht einmal sehr stark. Wenn man auch Hellwig zugibt, dass die „Verschaffung" des Herausgabeanspruchs im Fall des Order- oder Inhaber-Traditionspapiers an sich dieselbe Wirkung haben kann wie eine wirkliche Zession, so ist zunächst doch immerhin die „Verschaffung" gegenüber der Zession ein plus, und man kann nicht ohne petitio principii sagen, dass die „Verschaffung" nicht stärkere Rechtswirkungen haben kann als die Zession. Abgesehen hiervon aber stimmen vor allem die Einzelvorschriften über mehrfache Konnossemente mit den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln nur wenig überein. Wenn das Eigentum durch Begebung mehrerer Konnossemente auf verschiedene Personen übertragen ist, ehe die Ware vom Schiffer ausgehändigt wurde, so kann man diesen Vorgang jedenfalls nicht mit einer doppelten Vindikationszession vergleichen, weil bei dieser der zweite Zessionar ein nullum erwirbt, während der Erwerber des zweiten Konnossements einen solidarischen, im Konnossement verkörperten Anspruch auf Herausgabe erhält. Hellwig selbst vermeidet diesen Vergleich auch und zieht den Fall heran, dass „der Eigentümer eine durch constitutum possessorium veräusserte Sache zum zweitenmal verkauft". Aber hier fehlt jede Ähnlichkeit, schon weil der Veräusserer im unmittelbaren Besitz der Sache geblieben ist. Zudem ist, wie Hellwig selbst ausführt, die Wirkung eine dem § 649 HGB. gerade entgegengesetzte; nicht der erste, sondern der zweite Erwerber wird, guten Glauben vorausgesetzt, Eigentümer. Blickt man andererseits auf den Fall, dass die Ware vom Schiffer ausgehändigt ist, in welchem Falle nach HGB. § 648 die Prävention entscheidet, so steht es um die Ähnlichkeit ebenso schlimm. Freilich erwirbt bei doppelter Vindikationszession der zweite Zessionar, der also vom Nichteigentümer erworben hat, im Falle der Gutgläubigkeit das Eigentum mit der Aushändigung der Ware gemäss § 934 BGB. Aber einmal liegt der Fall anders als beim Doppelkonnossement, weil eben der zweite Konnossementsempfänger nicht ein nullum, sondern mit dem Konnossement einen solidarischen Herausgabeanspruch empfängt und durch das Konnossement dem Schiffer gegenüber ganz anders legitimiert ist als bei gewöhnlicher Vindikationszession;

anderseits ist die Wirkung der zweiten Konnossementsbegebung schwächer als die der doppelten Vindikationszession, weil der Prävenient bei dieser das alleinige Eigentum erwirbt, bei der doppelten Konnossementsbegebung aber der durch Prävention des Zweiterwerbers ausgeschlossene Ersterwerber nur hinter dem Prävenienten, nicht hinter Dritten zurücksteht: Die Wirkung der Prävention des § 648 HGB. ist nach der deutlichen Anordnung des Gesetzes nur eine relative.

Wäre aber auch die Ähnlichkeit der Traditionspapiergrundsätze nicht eine so entfernte, so würde sie eine analoge Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des BGB. über den Sachenrechtserwerb doch noch nicht ohne weiteres rechtfertigen. Wie das objektive Recht bisweilen verschiedene Zwecke mit eng verwandten technischen Mitteln verwirklicht[1]), so kann es sich umgekehrt — wie schon die oben erwähnten Beispiele des Schiffserwerbes und der Verbodmung zeigen — zur Verwirklichung verwandter wirtschaftlicher Zwecke sehr verschiedener Rechtsformen bedienen, und welcher es sich bedient hat, ist lediglich eine Frage der positiven Entwickelung. Erst wenn diese zeigt, dass für zwei positiv geregelte[2]) Institute in der Grundanlage gleichartige Rechtsformen verwendet sind, dass also in diesem Sinne die Institute ihrer Form nach systematisch zusammengehören, nicht bloss in einigen Einzelheiten sich ähneln, kann von einer Anwendung der für das eine geltenden positiven Rechtssätze auf das andere die Rede sein. Auch dann aber nur insoweit, als es der besondere wirtschaftliche Zweck und das Gerechtigkeitsprinzip im einzelnen gestatten. Nur wenn wirtschaftlicher Inhalt und rechtstechnische Mittel, Zweck und Form beider Institute in den Hauptpunkten in Ansehung der in Betracht kommenden Frage[3]) übereinstimmen, sind die Institute

---

[1]) Ein Beispiel führt v. Blume, Dogm. Jahrb. Bd. 48 S. 442 ff. aus: Ausschluss der Analogie zwischen Vollmacht und vormundschaftlicher Einwilligung wegen ihres verschiedenen Zwecks, obwohl es sich technisch um gleiche, übrigens historisch aus derselben Wurzel hervorgegangene Formen handelt.

[2]) Der — übrigens seltene — Fall, dass für einen Tatbestand überhaupt keine Normen vorhanden sind, interessiert hier nicht.

[3]) Mit Recht betont Regelsberger, Pandekten I § 35, dass für den Vergleich nur diejenigen Elemente der Tatbestände in Betracht kommen, welche für die besondere Rechtsfrage erheblich sind.

„wesensgleich", „rechtsähnlich" [1]). Denn Zweck und Form eines Rechtsinstituts sind voneinander untrennbar [2]), und die Wesensgleichheit kann daher ebensowenig allein auf der Gleichheit des geregelten Tatbestands, des „wirtschaftlichen Stoffs", wie auf der Gleichheit der für seine Regelung verwendeten technischen Mittel beruhen. Die Ermittelung von Zweck und Form der Institute auf empirischem Wege ist die einzige berechtigte Art der „Konstruktion". Dabei kann sich die Frage, welche Rechtsformen verwendet sind, ohne weiteres aus einzelnen positiven Sätzen des geltenden Rechts ergeben; ist das nicht oder nicht hinreichend sicher der Fall, so muss die historische Betrachtung einsetzen [3]). Die Kontinuität der Rechtsentwickelung führt zur Übernahme der einzelnen Rechtsformen von einer Zeit in die andere und von einem Volk zum andern; die Zurückverfolgung einer Rechtsgestaltung nach ihrem Ursprung hin kann daher schliesslich allein ein sicheres Urteil über die formalen Mittel, mit denen in ihr dem Rechtszweck gedient wird, und über das Verhältnis dieser Mittel zu den in andern Fällen verwerteten Rechtsformen, ermöglichen [4]). Dabei kann natürlich eine Rechtsform im Laufe der Entwickelung ihren Charaktar ändern; eine solche Veränderung wird aber um so unwahrscheinlicher sein, je weniger der wirtschaftliche Zweck, dem sie dient, im Laufe der Zeit sich verändert hat und je besser die ursprüngliche Gestaltung diesem Zwecke diente. Betrachtet man von diesem Standpunkt aus die Traditionspapiere, so kann man die Annahme

---

[1]) Von „Rechtsähnlichkeit" spricht Enneccerus, Lehrbuch 1904 I [3] S. 153; die blosse äussere Ähnlichkeit in Einzelheiten ist davon zu scheiden.

[2]) R. Stammler, Wirtschaft und Recht 1896, besonders S. 229 ff.

[3]) Die einzelnen komplizierten Institute des geltenden Rechts können im ganzen freilich niemals ohne Einsicht in ihre historische Stellung voll verstanden werden; nur dass dies nicht bei allen Einzelsätzen und Einzelfragen zum deutlichen Bewusstsein des Betrachtenden gelangt.

[4]) Führt die historische und rechtsvergleichende Untersuchung zu keinem Ergebnis, so muss aus dem praktischen Zweck allein, mit dem Richtmass des Gerechtigkeitsprinzips entschieden werden. — Gewaltsame Analogien mögen oft bequemer sein und noch dazu den Anschein juristischer Eleganz erwecken; sie werden aber nur allzu leicht, selbst wenn sie zunächst blosse Scheingründe sein sollten, zur Entstellung der Rechtsordnung führen, zumal in dritter und vierter Hand.

einer absoluten Wirkung m. E. nicht vermeiden; ein kurzer Blick auf die historische Entwickelung mag dies zeigen.

V.

Konnossement, Ladeschein und Lagerschein sind bekanntlich bereits dem südeuropäischen Handelsverkehr des 13. Jahrhunderts geläufig. Den Ausgangspunkt bilden die Schiffsregister und die Register der öffentlichen Lagerhäuser. Durch Umschreibung der in diesen Registern verzeichneten Waren wurde Eigentum und Pfandrecht erworben. Insbesondere die Schiffsschreiber sind öffentliche Urkundspersonen. Einen Auszug aus der Registereintragung über die einzelnen Warenposten, copia, erhält der Ablader, und diese Urkunde, mit der Orderklausel versehen, dient zur Übertragung des Auslieferungsanspruchs. An Stelle der blossen Registerauszüge traten allmählich selbständige Urkunden, die im Seeverkehr seit dem Zurücktreten und Verschwinden des Schiffsschreibers vom Kapitän ausgestellt wurden [1]).

Die Entstehung der dinglichen Wirkung dieser Urkunden ist im einzelnen bisher noch nicht aufgeklärt. Goldschmidt [2]) hat die dingliche Wirkung des Konnossements für alle grossen seefahrenden Nationen zurückverfolgt und hat sie in ihrem vollen Umfang bis ins 17. Jahrhundert nachgewiesen; sie wird besonders von den Holländern betont, von denen aus sich auch der romanische Ausdruck „Kognoscement“ im nördlichen Europa, insbesondere in Deutschland verbreitet hat [3]). Einzelne Anwendungsfälle der dinglichen Konnossementswirkung hat Goldschmidt selbst bereits in dem Florentiner statuto di mercanzia von 1577 und in den statuta von Genua von 1589 gefunden [4]).

---

[1]) Vgl. hierzu und weiterhin Goldschmidt, Universalgeschichte S. 342, 152; Lastig, Markenrecht S. 93; Grundtvig, Konnossementet I (letzterer mir leider sprachlich nur unvollkommen zugänglich), daselbst S. 6 f. auch Bemerkungen Pappenheims. Vgl. oben S. 145 n. 4.

[2]) Goldschmidt, Handbuch § 73 S. 707 ff.

[3]) Goldschmidt, Handbuch § 70 n. 1. Vgl. den wohlinstruierten Schiffer 1732 S. 12 ff.

[4]) Goldschmidt l. c. § 73 n. 24. Der in der Decisio 56 n. 3 der Rota Genuae (Venedig 1582) als Gewohnheitsrecht bekundete Satz, in welchem Brinkmann, Handelsrecht (1860) S. 335, die dingliche Konnossementswirkung

Für die mittelalterliche Rechtsbildung Südeuropas bemerkte er aber später (1891)[1]: „Die bereits im 13. Jahrhundert begegnenden Transportpapiere: Frachtbrief, Konnossement, Ladeschein, desgleichen der dem hochentwickelten Lagerhausgeschäft eigene Lagerschein sind bis auf den Frachtbrief „Wertpapiere" . .; zu „Traditionspapieren" haben sie anscheinend sich erst in der folgenden Periode gestaltet". Im Gegensatz zu dieser Anschauung hat Brunner[2]) schon 1877 bei Gelegenheit seiner Untersuchungen über die fränkisch-romanische Urkunde und insbesondere über den Eigentumserwerb von Liegenschaften per cartam auf viel weiter zurückreichenden Zusammenhang hingewiesen. Indem er für die hierher gehörigen Urkunden die Bezeichnung Traditionspapiere prägte, bemerkte er: „Die Keime des heutigen Traditionspapiers finden sich bereits in der fränkisch-romanischen Urkunde. Schon in der fränkischen Periode und in den unmittelbar folgenden Jahrhunderten dient die Übergabe der Urkunde in umfassender Anwendung als ein Akt zur Begründung und Übertragung von Rechten, welche den Gegenstand der Beurkundung bilden". Im einzelnen verfolgt hat Brunner diesen Zusammenhang nicht, da er in seiner anschliessenden Untersuchung den Blick hauptsächlich auf die Immobiliargeschäfte gerichtet hat.

An sich schliessen Goldschmidts und Brunners Meinung einander gegenseitig nicht vollständig aus. Doch neigte Goldschmidt, der seine romanistische Konstruktion der Konnossementswirkung in einem Hauptpunkt schon bei den alten Holländern zu finden glaubte[3]), offenbar dazu, die Dinglichkeit der Konnossementswirkung auf Einflüsse des reinen römischen Besitzrechts aus der Zeit nach unserer deutschen Rezeption zurückzuführen. Damit wäre dann allerdings die Brunnersche Herleitung aus der dem

erblicken wollte, kann im Gegensatz zu Goldschmidt, Handb. S. 707, doch vielleicht für die dingliche Wirkung in Anspruch genommen werden. — Vgl. Decisio 153 n. 4 ff. und dazu das alte holländische Gutachten bei Barels, Advysen I S. 80 n. i.

[1]) Universalgeschichte S. 303; freilich sagt er S. 334 gegenüber Lastig, dass der Lagerschein auch zur Eigentumsübertragung und Verpfändung gedient haben mag.

[2]) Brunner, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 22, 525 ff., abgedruckt Forschungen S. 607 f. [3]) Vgl. Handbuch S. 721 n. 50.

römischen Vulgarrecht entstammenden, in den Germanenreichen weitergebildeten carta unvereinbar. Betrachtet man indessen die Entstehung der Konnossementswirkung im Zusammenhang mit der Gesamtentwickelung unserer Mobiliarübereignungs- und Verpfändungsformen, so wird man nicht umhin können, dem von Brunner angenommenen Zusammenhange den Vorzug zu geben.

1. Die traditio cartae hatte seit dem frühen Mittelalter hauptsächlich Bedeutung für die Immobiliargeschäfte, und ihre Verwendung zu Grundstücksübereignungen und -belastungen ist uns auf Grund einer Menge überlieferter Urkunden dank der neueren Forschung sehr genau bekannt. Wie indessen die traditio cartae unter anderen auch an den bekannten römischen Fall der Sklavenveräusserung durch Urkundenbegebung in l. 1 C. de donationibus 8, 53 angeknüpft hatte [1]), wird sie auch schon früh im Mittelalter für Mobiliargeschäfte, freilich in geringerem Umfange als für Immobiliargeschäfte verwendet. Man vermied zunächst im allgemeinen Übereignung und Verpfändung einzelner Fahrnisstücke durch Urkundenbegebung. Dagegen hat man in Italien schon früh ganze Mobiliarvermögen und auch Mobilienkomplexe mittels carta vergabt [2]). Daneben erscheint aber in den Formelsammlungen seit dem 8. Jahrhundert die Sklavenveräusserung durch traditio cartae sehr häufig [3]) als Fall der Übereignung auch einzelner Fahrnisstücke [4]), und zwar werden einfache Wendungen gebraucht wie: constat me tibi vendidisse et ita vendidi . . . ita ut ab hodierno die, quicquid de supradicto servo facere volueris liberam habeas potestatem

---

[1]) Brunner, Rechtsgeschichte der Urkunde S. 114 ff.

[2]) Vgl. besonders Alfred Schultze, Die langobardische Treuhand S. 49 a. 10 und 11, wo Belege für traditio per cartam post obitum aus dem 8. und 9. Jahrhundert.

[3]) Vgl. Tur. 9, Lind. 15, Merk. 12, Bign. 3 und 5, Zeumer, Formulae S. 140, 277, 245, 229.

[4]) Die Immobilisierung der Knechte, übrigens nur der servi casati, beginnt in der zweiten Hälfte des 8. Jahrhunderts (Brunner, RG. I S. 233), die Turonensischen Formeln 1—33 sind wahrscheinlich schon in der Mitte des 8. Jahrhunders aufgezeichnet. Die Sklavenveräusserung in der noch älteren Formel Marculf II, 22 betont noch stark die tatsächliche Besitzübergabe: et ipso servo vobis presentialiter tradedi possedendum, was freilich auch eine leere Phrase sein kann.

(Tur. 9) oder constat me tibi vendidisse et ita vendidi, tradidisse et ita tradidi (Lind. 15). Man lehnte sich an die römischen Übereignungsusancen an[1]), bildete sie aber auch fort[2]). Dass es sich um eine bewusste Verwendung des auch für Grundstücksübereignungen verwendeten Formalismus der traditio cartae handelte, ist zweifellos[3]).

Dem entspricht im Hochmittelalter in Südeuropa eine umfassende Verwertung der carta-Begebung für Fahrnisübereignungen. In den italienischen und marseilleser Notariatsurkunden erscheinen zunächst ebenfalls zahlreiche Sklavenveräusserungen per cartam. In Marseille erklärt z. B. der Verkäufer:

> Ego Raimundus B. bona fide et sine omni dolo, vendo et trado vobis Berengario E. et Petro B. quandam sarracenam, que vulgariter appelatur Motqua precio VIII l. et X s. monete . . . quas confiteor me a vobis habuisse et recepisse, renuncians etc. Testes . . . Blancard, Documents inédits sur le commerce de Marseille 1884, Notar Amalric 460, 11. April 1248[4]).

In anderen Fällen heisst es einfach: vendo ohne trado[5]). Dies ist auch der Sprachgebrauch der genuesischen Urkunden, wo es heisst:

> confiteor . . me tibi vendidisse sclavam meam vocatam Doblam, de provincia Cervia, etatis annorum viginti quattuor vel circa et filium suum parvulum dicte sclave cum omni jure servitutis, quod habeo in eis, et mihi competit et competerit . . . Hieran reiht sicht die Währschaftsklausel und andere Klauseln. Archives de l'Orient latin II Actes génois de Famagouste Nr. 161, 1. Juli 1300[6]).

---

[1]) F. Dahn, Könige der Germanen IX 1 S. 208 n. 6, Brunner, Urkunde S. 115 n. 2.

[2]) Vgl. Zeumer S. 580 zu Vis. 11 note 2.

[3]) Vgl. Form. Merk. 9—12.

[4]) Vgl. daselbst Nr. 942, 972, 1016 vom 2. bis 23. Juli 1248.

[5]) Blancard, Amalric 501, 738.

[6]) Vgl. daselbst Nr. 86, 91, 95, 172, zwischen 15. März und 7. Juli 1300; ferner Archives de l'Orient latin I Actes génois d'Arménie, Platealonga Nr. 64, 14. April 1274: vendo, cedo, trado, mit Konstitutsklausel, s. unten S. 193 n. 5, doch ohne die römische (s. o. n. 2) Altersklausel.

Entsprechend formuliert schon der Genuese Johannes Scriba in seinem Notularium:

> . . . Ego Wilielmus Zulenius accepi a te Wilielmo Filardo libras octo denariorum finito precio pro Agnese ancilla iuris mei, eam tibi vendo non fugitivam neque furem sed boni moris; etc. Historiae Patriae Monumenta, Chartarum II S. 320 Nr. 294 vom 19. April 1156.

In einem anderen Fall gebraucht er das gleichwertige vendo et trado:

> . . . Ego Wilielmus Moraga Narbonensis cepi a te Petro Caravellatore solidos quinquaginta quinque finito precio pro uno sarraceno iuris mei . . quem pro supradicto precio tibi vendo et trado. Quid velis facias proprietario nomine tu et heredes tui aut cui dederis . . . Nescio quod sic (!) occidivus fur vel fugitivus . . Daselbst Nr. 1051 vom 10. Juni 1161 [1]).

Indessen beschränken sich diese Urkunden nicht auf Sklaven. Diese bilden nur einen sehr wichtigen Fall, weil über sie ein urkundlicher Beleg auch bei sofortiger Lieferung besonders wünschenswert ist. Es erscheinen auch andere Fälle der Veräusserung einer Spezies, insbesondere eines Pferdes:

> Ego Raimundus Blagerius, castri de Metis, bona fide et sine omni dolo, vendo et trado tibi Luque de Fontanis, militi quendam equum meum nigrum, talem qualiscumque est, precio XV l. monete miscue curribilis in Massilia: quas confiteor me a te habuisse et recepisse renuncians etc. Ad hec ego Johannes Ebrardus civis Massilie costituo et obligo me tibi dicto Luque debitorem et paccatorem in omnibus supradictis. Testes . . . Blancard Amalric Nr. 882 13. Juni 1248.

Die Form der Veräusserung ist hier die gleiche wie bei den Sklavenverkäufen desselben Notars; das Eigentum geht hier wie in den übrigen Fällen sofort über [2]); der Bürge haftet für die tatsächliche Lieferung. — In einem andern Fall wird ein Maulesel veräussert [3]).

---

[1]) Ein echtes Konstitut, nach 10jährigem Besitz, daselbst Nr. 1145.

[2]) Vgl. z. B. die Einzelheiten in der Urkunde Archives II Nr. 161.

[3]) Blancard Bd. II S. 432, p. IV n. 38, 20. Okt. 1287, Regest.

Ebenfalls hierher zu rechnen wird die Veräusserung von 6 Tonnen an Bord eines segelfertigen Schiffs sein:

Ego . . cedo et trado tibi . . omnia jura et omnes acciones reales et personales directas et utiles, seu mixtas reique persecutorias, quecumque et quascumque habeo vel habere debeo seu michi competunt vel competere possunt contra quamcumque personam in VI botis quas habeo in nave que dicitur Signus et in intrata seu naulo percepto seu percipiendo de dictis VI botis, dans et concedens tibi licenciam et liberam facultatem ut tu, ex juribus et accionibus a me tibi datis et cessis, inde agere et experiri possis directe et utiliter et accipere et replicare contra quascumque personas et de calumpnia jurare et omnia demum facere quecumque ego facere possem per hanc cessionem a me tibi factam et tamquam in rem tuam procuratorem inde te facio et constituo. Testes . . . Blancard Amalric Nr. 493 14. April 1248.

Der Veräussernde ist anscheinend Miteigentümer des Schiffs (vgl. Blancard, Amalric 128) und macht die Reise mit (Amalric 432); ausser dem Eigentum an den Tonnen wird das Recht auf Beförderung gegen das Schiff abgetreten, daher steht gegenüber der Überlassung der omnia jura die Klagenzession im Vordergrund [1]).

Im Grunde sind auch die massenhaften damaligen Veräusserungen von Schiffen und Schiffsparten [2]) nur ein Anwendungsfall der Mobiliarveräusserung durch carta und bewegen sich durchaus in denselben Formen wie die erwähnten Fälle.

Die sämtlichen hier in Betracht kommenden Notariatsurkunden stellen einen Übergangszustand dar. Sie sind noch subjektiv gefasst und tragen durchaus den Charakter der dispositiven carta; indessen kann kein Zweifel bestehen, dass die Rechtswirkung mit der Beurkundung selbst eintrat: sofern die Ausfertigung nicht zugleich mit der Eintragung in das Notularium geschah und die Begebung der Urkunde sich mit dem Urkundsakt

[1]) Über die Bestellung des Grundstückserwerbers zum procurator in rem suam vgl. Brunner, Das französ. Inhaberpapier S. 23. — Vgl. noch die Veräusserungsurkunde Archives de l'Orient latin I S. 495 (1279).

[2]) Wegen der Mobiliarqualität der Schiffe Rehme, Lübecker Oberstadtbuch S. 122 anm. 47, H. Meyer, Neuere Satzung § 6.

verband — was besonders bei den häufigen Vertragsschlüssen kurz vor der Abreise des Destinatärs vorgekommen sein muss — tritt an Stelle der Begebung der carta die dem Destinatär gewährte Befugnis, sich vom Notar eine Ausfertigung erteilen zu lassen [1]). Das nächste Entwickelungsstadium des Urkundenwesens [2]) ist das als notitia, also objektiv gefasste Notariatsinstrument, andererseits aber die Abtrennung derjenigen Urkunden, welche — wie der Wechsel — nach Art der carta als dispositive Urkunden gestaltet bleiben, eine Begebung erfordern und nunmehr als Privaturkunden im Gegensatz zu der als instrumentum publicum betrachteten Notariatsurkunde erscheinen.

Die Praxis der Übereignung von Mobilien mittels Notariatsurkunde wird durch die Formularliteratur und die romanistischen Juristenschriften bestätigt. Glossatoren wie Postglossatoren beziehen sich auf diese Praxis und bekämpfen sie zum Teil vom Standpunkt der römischen Besitzlehre [3]). Doch wirkt der Kampf nicht gegen die Sache sondern nur gegen die juristische Einkleidung; die Juristen begnügen sich mit der Forderung, dass in die Urkunde ein abstraktes Konstitut aufgenommen wird: „an Stelle der einen Formel eine andere“ [4]). Und wenn die Praxis dementsprechend auch das Konstitut gelegentlich verwendet [5]), so ist doch das blosse „vendidit et tradidit“ der Veräusserungsurkunden noch zu Jasons Zeit die übliche Übertragungsformel. Das war um so natürlicher, als die Postglossatoren nach Azos Vorgange die c. 1 C. de donationibus sehr weit auslegten, sie insbesondere auf Immobilien und auf

[1]) Das Marseilleser Statut bestimmte, dass der Notar diese spätestens in 2 Monaten zu erteilen hat; vgl. Blancard I p. XLIII n. 1.

[2]) Vgl. hierzu und über den Formalismus der späteren Notariatspraxis überhaupt Voltelini, Südtiroler Notariatsimbreviaturen S. XV ff., S. XXVI.

[3]) Biermann, Traditio ficta 1891 S. 47 ff., 80 ff., 96 ff.

[4]) Biermann S. 82. Eine andere Bedeutung hat es auch nicht, wenn Rolandin bei der Pferdeveräusserung (Summa, Aug. Taur. 1607 S. 136) die Fassung rät: Antonius dedit et vendidit . . . equum . . . ipsum sibi ibidem cum freno tradens.

[5]) S. z. B. Archives de l'Or. lat. I S. 477 nr. 64 (1274). Die Verwendung der Konstitutsklausel für Mobilien ist wenigstens im 13. Jahrhundert, abgesehen von Geschäften über Schiffe, nicht so häufig, wie Goldschmidt, Univ.-Gesch. S. 300, anzunehmen scheint.

Mobilien der verschiedensten Art bezogen. Die dem Sinn der Stelle entsprechende Beschränkung auf Übergabe der instrumenta antiqua, der Erwerbsurkunden, wollte praktisch nicht viel besagen, weil man diese dem instrumentum novum leicht beifügen konnte. Der Übergang der Rechte erfolgte bei der Instrumentalübergabe nach verbreiteter Auffassung auch dann, wenn der Besitz durch die Urkundenübergabe nicht mit überging: dic ergo, sagt Bartolus, quod tradito instrumento non videtur tradita res, sed ius contentum in instrumento [1]). Oder aber man fingierte schlechthin den Besitzübergang [2]), was auf dasselbe hinauskam.

Was von der Übereignung durch instrumentum gilt, zeigt sich auch für die Pfandbestellungen an Fahrnis. So verpfändet ein Kaufmann aus Narbonne in Famagusta seinem Bürgen zur Sicherung der Regressforderung alle seine Waren:

> obligans vobis ad pignus ex nunc omnia mea mercimonia. Concedens vobis quod si oporteret vos solvere dictum debitum, quod ipsa mercimonia mea vendere possitis et alienare et facere de ipsis ad voluntatem vestram, non obstante contradictione mea et omniumcumque personarum pro me usque ad satisfactionem dicti debiti, et de omnibus supradictis et hoc de praesenti. Archives de l'Or. lat. II S. 106, Famagusta 196, 30. Juli 1300.

Handelt es sich hier um Verpfändung eines Mobiliarkomplexes, so werden in Marseille ebenso durch Urkunden ohne Besitzübertragung vier Maulesel von einem Fuhrmann für eine Schuld ex causa mutui gratis et amore verpfändet:

---

[1]) ad l. ab emptione D de pactis (Basel 1689 S. 308); dies ist offenbar die von Jason in bezug genommene Stelle, welche Biermann S. 103 vermisst. Die im Text gegebene Deutung ist durchaus damit vereinbar, dass in vielen Fällen durch die Instrumentsbegebung auch der Besitz übergeht, und dass dieser Besitzübergang seit dem 12. Jahrhundert sehr weitgehend, insbesondere für Immobilien, anerkannt wird (c. 2 X de consuet.). Hierüber besonders Strohal, Sukzession in den Besitz S. 9 ff., S. 206 ff.

[2]) Bartolus (l. c. S. 310 ff.): ad l. si is qui pro emtore D de usucapionibus: si traduntur claves, aliae res quae sunt intus vel inductae finguntur traditae: et hoc prout ad traditionem quae facti est, te refers; ipsa autem possessio, prout ius insistendi rei, vere accipitur. Probetur in tex. . . . Idem potest dici tradito instrumento.

et specialiter inde tibi obligo et trado in pignore . . . . 4 mulos . . . . dans tibi liberam facultatem ut tu auctoritate propria possis dictos mulos vendere, pignore obligare seu quolibet alio alienacionis titulo alienare. Die Valuta soll der Pfandschuldner verwenden, um die Maulesel, offenbar für seine bevorstehende Fahrt nach Bari [1]), bei einem anderen Pfandgläubiger auszulösen: pro redimendis ab eo (dem anderen Gläubiger) mulis quos habebat penes se occasione debiti . . . und dieser alte Pfandgläubiger überträgt alle seine Rechte auf den neuen: ad hec ego Otachius praesens do et concedo tibi . . . totum jus et omnes acciones reales et personales, quascumque habeo vel habere possum in dictis mulis occasione debiti supradicti. Blancard, Amalric 461 (11. April 1248).

Sodann erscheinen zahlreiche Verpfändungen von Schiffen und Schiffsanteilen [2]). Endlich und vor allem gehören hierher die immer wiederkehrenden Verpfändungen für das Seedarlehn. Es war bekanntlich gang und gäbe, dem Seedarlehnsgläubiger ein Pfand zu bestellen; obwohl das Pfand dem Seedarlehn nicht essentiell ist, erscheint der Gebrauch schon im Altertum und war im Mittelalter den südeuropäischen Völkern durchaus geläufig [3]). Die typische überall wiederkehrende Form dieses Seedarlehens ist im 12. und 13. Jahrhundert bekanntlich ein „domizilierter Eigenwechsel" mit angehängter Pfandklausel; verpfändet werden die zu versendenden Waren des Seedarlehnsnehmers. In Einzelheiten weichen die Urkunden voneinander ab, die Grundzüge sind immer die gleichen. In vielen Fällen fuhr der Pfandgläubiger mit und hatte während der Fahrt Besitz der Pfandsache; oder es wurde durch Signieren der Ware mit der Marke des Gläubigers bzw. durch entsprechende

[1]) Vgl. einen Ladeschein für diese Fahrt Blancard, Amalric 376 vom 4. April 1248.

[2]) Belege bei Goldschmidt, Universalgeschichte S. 339 n. 22, 340 n. 29.

[3]) Richard Schröder in Endemanns Handbuch IV S. 240 ff.; Lastig, Markenrecht und Zeichenregister S. 93; Goldschmidt, Universalgeschichte S. 345 ff.; Rehme, Geschichtliche Entwicklung der Haftung des Reeders S. 51 ff.; Pappenheim, Zeitschrift für Handelsrecht 40 S. 377 ff.; Schaube, Zeitschrift für Sozial- u. Wirtschaftsgesch. II S. 168 ff.; Herbert Meyer, Neuere Satzung § 5.

Eintragungen im cartularium navis die Ware als ihm zugehörig bezeichnet; oder es wurde einem dritten Passagier die custodia übertragen. Indessen fehlt es nicht an Fällen ohne Besitz des Gläubigers, so dass es sich um ein eigentliches besitzloses Fahrnispfand handelt. Dass das Seedarlehnspfand nicht immer mit der Marke des Gläubigers signiert wurde, zeigt die Wendung der Marseilleser Statuten (III 5, Pardessus VI 265): quod pignus suo signo signaverit vel signabit, aut non. Gelegentlich zeigt die Übertragung der Rechte aus dem Seedarlehn an einen Auswärtigen durch procuratoria, dass eine Begleitung nicht stattfand [1]; endlich wird gelegentlich mit aller wünschenswerten Deutlichkeit der Besitz des Schuldners betont:

> tibi obligo pignori sachos cotoni decem et septem meos, qui sunt penes me et in mea custodia pro te. Archives de l'Orient lat. Famagusta 138, 8. Juni 1300.

Diese Praxis der Mobiliarverpfändungen per cartam [2]) musste in der Mobiliarhypothek des römischen Rechts eine besondere Stütze finden.

Verwandte Erscheinungen zeigen auch die übrigen europäischen Rechte. In Frankreich [3]) entwickelte sich bekanntlich die heutige Übereignung durch blossen Vertrag aus der traditio cartae, die nicht nur im Mittelmeergebiet, sondern im ganzen Lande verbreitet war und schliesslich auch für Mobilien Anwendung fand [4]); daneben ist auch die neuere Satzung, das besitzlose Pfand, an Fahrnis in weitem Umfange verbreitet, wie dies jüngst Egger für den Norden wie für den Süden dargetan hat [5]). Die spätere Zeit stand auch hier stark unter dem

---

[1]) Vgl. Blancard, Amalric 115 mit Biblioth. de l'école des chartes 1878 S. 123 nr. 4; dazu Schaube l. c. S. 186. Aus der Seedarlehnsurkunde ergibt sich nichts, was auf Verwendung eines andern Sicherungsmittels deutete.

[2]) Angesichts dieser Praxis muss die gelegentliche Annahme v. Kostaneckis (S. 148), dass die mittelalterlichen Verpfändungen von Waren durch Signieren und Buchungen im Lagerhausbetrieb sich als pignus darstellen, als zu weitgehend, seine Folgerung, dass damit der Zusammenhang des offenen Pfandindossaments mit dem pignus dargetan sei, als nicht zwingend betrachtet werden.

[3]) Wegen Spanien Strohal, Sukzession in den Besitz S. 207 n. 56.

[4]) Kohler, Archiv für Bürg. Recht 18 S. 15 ff.

[5]) Egger, Vermögenshaftung und Hypothek S. 163 ff., S. 349 ff.

Einfluss der Postglossatoren, deren Lehren besonders durch Tiraquells Schrift über das Konstitut vermittelt wurden[1]).

In England ist die Übereignung und Verpfändung durch gesiegelte Urkunde (deed) altes common law. Für Immobilien früh durchgeführt, ist sie möglicherweise schon Ende des 13. Jahrhunderts auf das Fahrnisrecht ausgedehnt[2]). Glanvilla scheint sie noch nicht zu kennen, aber Bracton[3]) wiederholt bereits im grossen und ganzen die Lehre der Glossatoren[4]) mit Anpassung an das englische Recht:

> regulariter quidem verum est, quod inter vivos non acquiritur dominium sine inductione in possessionem. . . Regulariter autem dixi, ideo quia quandoque sine traditione transit dominium et sufficit patientia, ut si tibi vendam, quod tibi accomodavi, aut apud te deposui vel ad firmam vel ad vitam. . . Idem est de mercibus in orreis. . . Item retentio ususfructus et traditio instrumenti rei de firma et termino pro traditione accipitur etc.

Damit ist einer Praxis, wie sie im späten Mittelalter in Italien bestand, freie Bahn geschaffen. Man kann zweifeln, ob hier die Instrumentalübereignung gerade für Mobilien ausdrücklich anerkannt ist; bei der ganzen unterschiedlosen Nebeneinanderstellung von Mobiliar- und Immobiliarfällen liegt es nahe anzunehmen, dass beides gemeint ist. Jedenfalls ist die Ausdehnung der Instrumentalbegebung auf Mobilien erfolgt und ist noch heute geltendes englisches Recht[5]). Mobiliareigentum wird erworben durch Tradition, durch Begebung eines deed sowie — mit gewissen Einschränkungen — jetzt auch durch

[1]) Vgl. Tiraquell, De jure constituti Op. Omn., Frankf. 1616 II 3 n. 4; Kohler l. c. S. 37.

[2]) Vgl. Pollock and Maitland, History of english law II 179; sie halten die Mobilienübereignung durch Urkunde für diese Zeit wenigstens nicht für ausgeschlossen.

[3]) Ed. Twiss 1878 p. 324 fol. 41.

[4]) Schon Güterbock, Bracton S. 65, hat hervorgehoben, dass Bracton die „symbolische Tradition“ kennt; Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. VIII S. 293 ff. Vgl. auch Lord Blackburne, a treatise on the effect of the contract of sale 1885 S. 261.

[5]) Vgl. die Anerkennung durch Coke († 1633) zu Wortes v. Clifton bei Goodeve, Modern law of property 1904⁴ S. 41 ff. Blackburne l. c. S. 211.

blossen Vertrag. Durch deed wird insbesondere die Sicherungsübereignung vorgenommen, die bedingte Eigentumsübertragung mittels bill of sale, welche die Bedeutung einer Mobiliarhypothek mit Verfallklausel hat[1]).

Wenn in allen diesen Fällen Einwirkungen der späteren italienischen Doktrin in Frage kommen, so sind verwandte Erscheinungen endlich auch für Gebiete nachgewiesen, welche von solchen Einwirkungen unberührt geblieben sind. Amira[2]) hat für Island die Mobiliarhypothek und zwar als suspensiv bedingte Übereignung dargetan, und neuerdings hat Herbert Meyer[3]) wertvolle Nachweisungen über die Verwendung der jüngeren Satzung am Fahrnis für die Gebiete des reinen deutschen Rechts erbracht. Zwar handelt es sich in der Hauptsache um Verpfändungen durch Stadtbucheintragungen, zumal in Lübeck. Aber einmal erfüllen eben die Stadtbücher des Nordens die Aufgaben der Urkunden des Südens, sodann hat H. Meyer auch eine Reihe von Rechten nachgewiesen, welche die Verpfändung vor Zeugen und namentlich durch Urkunden anerkennen und bei welchen, mit Ausnahme der südtirolischen Gebiete, ein romanistischer Einfluss ausgeschlossen erscheint. Vor allem ist auch die lübische neuere Satzung von der Verpfändung vor Zeugen ausgegangen. Es handelt sich um besitzloses Pfand[4]), bei dem die im Norden üblichen Publizitätsformen an Stelle der im Süden durchgedrungenen stehen. Dem entsprechen auch die im deutschen Gebiete wiederholt vorkommenden Auflassungen von Fahrnisstücken[5]).

---

[1]) Vgl. Heymann, Holtzendorff-Kohlers Enzyklop. I[6] S. 824.

[2]) v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht II S. 234 ff. Auch hier enger Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung durch Kauf im Immobiliarrecht, vgl. K. Lehmann, Savigny Zeitschr. f. Rechtsgesch. 5 S. 107 ff.

[3]) Herbert Meyer, Neuere Satzung und Fahrnis an Schiffen 1903. Dazu Pappenheim, Savigny Zeitschr., germ. Abt. 24 S. 433 ff. Über Meyers Vorgänger Neumann, Pauli, v. Meibom, R. Schröder, A. Heusler und R. Leonhard vgl. Meyer S. 2.

[4]) Dass die Angabe des Standorts und die Beschränkung der Wirksamkeit des Pfandrechts auf den Aufbewahrungsort hieran nichts hindert, vgl. H. Meyer §§ 10 u. 11, Ausführuugen, welche als Warnung vor Überschätzung des Signierens und ähnlicher Manipulationen im Handelsverkehr des Südens dienen können.

[5]) H. Meyer l. c. S. 110 n. 32.

2. Dieser in ganz Europa auftauchenden, auf Entfesselung des Mobiliarverkehrs, zumal für den Handel, gerichteten Entwickelungsreihe entgegen, bewegt sich aber eine andere. Die Gefährlichkeit der Mobiliarverfügungen ohne Besitzübertragung war schon von den Römern nicht verkannt worden. Sie hatten aber den Besitz als sachenrechtliches Legitimationsmittel — abgesehen von dem Fall der Sklavenübereignung — nur für den Eigentumsübergang gewahrt, für das Pfandrecht schon früh[1]) aufgegeben. Viel schärfer führte grundsätzlich das germanische Recht die Erkennbarkeit der dinglichen Rechtsgeschäfte durch. Für Immobilien wie für Mobilien vom Besitz ausgehend, hat es im Norden durch sein System der öffentlichen Bücher für Immobilien eine an Wert hoch über der Besitzübergabe stehende sachenrechtliche Publizitätsform geschaffen, während im Süden die romanisch-germanische carta und das Notariatsregister eine wenigstens brauchbare Form für den Immobiliarverkehr an Stelle des bei komplizierten Verhältnissen ungenügenden Besitzübergangs boten. Der oben skizzierte Versuch, für die Mobilien ähnliche Ersatzmittel zu schaffen, konnte im allgemeinen nicht befriedigen. Die Folge war im Mobiliarrecht ein Rückstreben zum Besitz als Legitimationsmittel, wofür das germanische wie das römische Recht, letzteres wenigstens in Ansehung des Eigentumsübergangs, Stützpunkte boten. Dieses Rückstreben äusserte sich insbesondere auch gegenüber der Rechtsübertragung per cartam.

In Italien hat, wie schon erwähnt[2]), nach dieser Richtung die Doktrin der Glossatoren und der Postglossatoren gearbeitet. Man suchte die Eigentumsübertragung per cartam auf eine wirkliche Übertragung des Besitzes im Sinne des römischen possessio, zurückzuschrauben. Freilich drückte die Praxis so schwer auf diese Lehre, dass man zum constitutum simplex, zum constitutum precario, zum vermuteten Konstitut etc. kam, also bloss zu andern Formeln. Aber nach zwei Richtungen zeigte sich doch ein Erfolg. Einmal wurde — worauf besonders Strohals[3]) Ausführungen hinauslaufen — die Erkenntnis gefördert,

[1]) Vgl. Alfred Manigk, Pfandrechtliche Forschungen 1904 S. 28ff., 51, 52ff., 64ff., 131 etc.

[2]) Vgl. oben S. 193.

[3]) Strohal, Sukzession in den Besitz S. 206ff., vgl. S. 11 n. 21, 12 n. 25.

dass in der Tat durch traditio cartae in sehr zahlreichen, wenn auch nicht in allen Fällen die possessio überging; der verfeinerte deutsche Gewerbebegriff wirkte hier wie überhaupt auf die Verfeinerung der Auffassung von der possessio und verhalf zum richtigen Verständnis vieler römischer Quellenaussprüche. Auf der anderen Seite suchte man — und dies ist für Fälle bedeutsam, wo durch traditio cartae die possessio nicht überging — die doch nun einmal nicht ganz aus der Welt zu schaffende traditio cartae[1]) zu rechtfertigen, indem man bei ihrem Vorliegen den Besitzübergang fingierte. Die Fiktion der possessio — auch für andere germanische Fälle der Rechtsübertragung durch Symbole verwertet — ist im Grunde nichts weiter als das Aufpfropfen der germanischen ideellen Gewere[2]) in das Recht der possessio; wie bereits ausgeführt, eine juristische Unmöglichkeit[3]). Zur Rechtfertigung dieser Einführung des deutschen Gedankens bediente sich die Doktrin wie so oft der scholastischen Philosophie; die Repräsentationslehre musste herhalten[4]). Der Besitz der Urkunde repräsentiert den Besitz der Ware. Wenn Biermann in seinem reichhaltigen Werk über die traditio ficta[5]) hier die Einflüsse des germanischen Rechts leugnen zu müssen glaubt, so steht das im Widerspruch mit der von ihm selbst hervorgehobenen Tatsache, das die Doktrin gerade die scotatio, im Sinne einer Übertragung des Grundeigentums durch Schollenbegebung gemäss c. 2 X de cons. 1, 4 anerkannte, also einen

---

[1]) Das objektiv gefasste Notariatsinstrument eignete sich nicht zur Begebung. Wo es durchdrang, traten die Klauseln des Konstituts und der missio in vacuam possessionem in den Vordergrund. Vgl. (für Immobilien) Voltelini l. c. S. XLIV.

[2]) Dem entspricht die bei den Postglossatoren verbreitete Auffassung, dass die durch traditio ficta übergegangene possessio auch eine possessio ficta sei. Vgl. Biermann, trad. fict. S. 84.

[3]) Oben S. 156.

[4]) Vgl. Biermann l. c. S. 70 ff.

[5]) Biermann l. c. S. 71. 68. Über die scotatio daselbst S. 132. Von den drei ursprünglichen Fällen der traditio ficta gehören hierher die Instrumentalübereignung und die scotatio, während die Schlüsselübergabe nur soweit sie sich auf Immobilien bezieht (für diesen Fall gibt Biermann den germanischen Ursprung selbst zu S. 47), hierher gehört, im übrigen die Brücke zu der römischen possessio bildet, wohin auch die c. 1 de don. zu führen schien.

typischen Fall der germanischen Übereignung durch Symbole; wenn sie sich für andere Fälle der Investitur (Stab, Ring etc.) noch zurückhielt, so kann dies bei ihren gegen besitzlose Übertragungen gerichteten Bestrebungen nicht befremden. Gegen Biermann spricht weiterhin aber entscheidend, dass die Instrumentalübereignung nicht nur für Immobilien dem germanisch-romanischen Urkundenwesen entsprossen ist, sondern auch für Mobilien einen Teil der auf gleiche Grundgedanken zurückführenden gemeineuropäischen Entwickelung darstellt, wie oben kurz zu skizzieren versucht wurde.

Für das Pfandrecht vermochte das römische Recht durchschlagende Argumente nicht zu liefern. Der italienische Verkehr half sich aber selbst. Man forderte für den Handel grundsätzlich die Rückkehr zum Faustpfand, die Gesetzgebung folgte, man verbot bisweilen das constitutum als Mittel der Pfandbestellung; so bahnte der Handel zugleich unter Entwickelung der handelsrechtlichen Retentions- und Pfandrechte seit Ausgang des Mittelalters in Italien die Rückkehr zum germanischen Konventionalfaustpfand an [1]).

In Frankreich war die Übereignung und Verpfändung von Mobilien durch blosse Urkundenbegebung bzw. Vertrag schon in den Coutumes stark eingeschränkt durch die noch heute bestehenden Sätze: en fait de meubles la possession vaut titre und les meubles n'ont point de suite par hypothèque [2]), Sätze, die nur für einzelne Fälle mit Ausnahmen durchbrochen wurden. In England andererseits suchte man die Gefährlichkeit der traditionslosen Übereignung und Verpfändung von Mobilien besonders durch das statute of frauds zu bekämpfen; durch die bill of sale acts wurde ferner in neuerer Zeit die Sicherungsübereignungen von Fahrnis durch deed (bill of sale) in ihrer Wirkung von einer Eintragung in ein öffentliches Register beim supreme court abhängig gemacht [3]).

---

[1]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 301. Die Doktrin berief sich schliesslich auf l. 34 pr. D 20, 1, vgl. Goldschmidt, Z. f. HR. Bd. 8 S. 312.

[2]) Code civil a. 2279, 2119 (letztere Regel heute weitergehend als in den Coutumes); Goldschmidt, Z. l. c. S. 284, Viollet, Précis de l'histoire du droit français 1886 S. 488, S. 634.

[3]) Vgl. Heymann, Enzyklopädie l. c. S. 824.

In Deutschland stand man dieser ganzen Strömung zunächst mit dem geringsten Verständnis gegenüber. Man nahm nicht nur wie in den andern Ländern die Lehre der Postglossatoren von der traditio ficta bereitwillig auf, sondern man bildete sie hier vielleicht noch skrupelloser als anderwärts in der Form der jetzt sog. „symbolischen Tradition" weiter. Insbesondere die Instrumentalübereignung liess man nach dem usus modernus im weitesten Umfange zu und begnügte sich vielfach jetzt auch mit der Übergabe des instrumentum novum bzw. mit Urkunden, welche von der Sache überhaupt redeten[1]). Gegenmittel finden sich zunächst gar nicht. Erst gegen Ausgang des 18. Jahrhunderts beginnen die grossen Kodifikationen, die von ihnen noch sanktionierte symbolische Tradition etwas einzuschränken. Zugleich wird die Hypothek an Mobilien partikulär vielfach ausgeschlossen[2]). Den Umschwung brachte mit der Neugestaltung unseres Wirtschaftslebens im Anfang des 19. Jahrhunderts Savignys Besitzlehre. Er führte zur römischen Besitzlehre zurück; aber man schüttete jetzt das Kind mit dem Bade aus: nicht nur bedurfte es der Arbeit eines Jahrhunderts, um den Besitztatbestand wieder möglichst zu verfeinern, sondern es wurden mit der symbolischen Tradition auch alles verworfen, was durch sie bisher gedeckt worden war. Radikaler als in anderen Ländern war in Deutschland schliesslich der Besitz als Publizitätsform für den Eigentumserwerb an Mobilien wieder durchgeführt. Abgesehen von der aus dem römischen Recht begründeten Mobiliarhypothek des gemeinen Rechts erhielten sich nur einige Reste der abweichenden Entwickelungsreihe unangefochten in der Schiffsübereignung, dem Schiffspfand und der Bodmerei[3]).

3. Auf diesem Hintergrunde erscheint die dingliche Wirkung des Konnossements in Spuren seit dem 16., ausgebildet im 17. Jahrhundert. Überall wird sie bei ihrem vollen Auftauchen als wohlbegründetes Gewohnheitsrecht der kaufmännischen Kreise bezeichnet. Die Holländer führen den Satz als „na rechten en practycque", „na style mercantiel" bestehend

[1]) Vgl. besonders Biermann l. c. S. 273 ff., Strohal, Sukzession S. 207.

[2]) Vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht II 2 § 165.

[3]) Auch V. Ehrenberg, Beschränkte Haftung S. 462, hält für die Bodmerei historisch den Zusammenhang mit der neueren Satzung fest.

an [1]); in England wird der Satz zuerst in einem Urteil Evans v. Marlett 1697 festgestellt [2]) und einer der Richter bemerkt „that it had heen adjudged in Exchequer", eine Entscheidung, die leider verloren gegangen zu sein scheint; und in dem für die Materie zum leading case gewordenen Fall Lickbarrow v. Mason von 1794 wird von der Jury der Satz unter wiederholter Berufung auf „the custom of merchants, the practice of merchants" konstatiert [3]). In Frankreich bezeichnet Valin [4]) die Regel als usage constant du commerce, und ebenso erscheint sie in Deutschland als consuetudo, quae inter mercatores invaluit [5]).

Dabei wird sie aber allgemein als Anwendungsfall der symbolischen Tradition oder doch der ihr entsprechenden Regeln betrachtet, und zwar insbesondere als ein Fall der Instrumentaltradition. Die Holländer berufen sich ausdrücklich auf die c. 1 C. de donationibus unter Heranziehung der übrigen hierher gewöhnlich gezogenen Stellen [6]). Bei den Engländern wird der Satz früh mit dem Rechtserwerb durch Signieren zusammengestellt [7]) und noch ein neuerer Richter [8]) bezeichnet die bill of lading als symbol of the goods, als effective representation of the ownership of the goods Valin behandelt die Regel sichtlich als einen Anwendungsfall der Grundsätze über Mobiliarübereignung überhaupt und will nur hervorheben, dass die besondere Vorschrift der ordonnance de la Marine a 3 II, 10 über Schiffs-

[1]) Vlaming und v. d. Ende 1696 bei Barels, Advysen I 1780 S. 217. Vgl. Goldschmidt, Handbuch § 73 n. 23.

[2]) In 1 Ld. Raym. 271 nach Abbott, Law of merchant Ships 1901 [14] S. 844. Vgl. auch Fearon v. Bowers 1753 bei Smith, Leading cases I [10] S. 696 n. s.

[3]) Smith, Leading cases I [10] S. 782, Renton II p. 121.

[4]) Valin, Nouveau Commentaire sur l'ordonnaire dela marine 1746 S. 607.

[5]) Widow, De dominio mercium intervenientibus litteris recognitionis transmissarum, Göttingen 1761.

[6]) Barels, Advysen I Nr. 42 (unter Berufung auf Hugo Grotius, de jure belli et pac. II, 8, wo vom Erwerb der possessio durch Instrument die Rede ist), I 15 S 80 n. h. Biermann l. c. S. 281.

[7]) Molloy, De jure maritimo 1707 [6] erwähnt ihn noch nicht, 1744 [8] stellt er ihn III ch. VII u. 18 a. E. zum Signieren der Güter.

[8]) Vgl. Carver, Carriage p. 497.

verkäufe [1]) auf Veräusserung der Ware durch Konnossement keine Anwendung findet, so dass es hier bei der allgemeinen Regel verbleibt. Für Deutschland tritt die Auffassung der Konnossementsbegebung als symbolische Tradition besonders deutlich im preussischen ALR. hervor. In der Tat stellt sich auch die Konnossementsbegebung als ein einfacher Anwendungsfall der Instrumentaltradition dar, zumal in einer Zeit, wo man sich schon mit der Übergabe der „instrumenta de re conscripta" etc. vielfach begnügte.

Trotz dieser Zurückführung auf die symbolische Tradition ist es, wie Biermann mit Recht hervorhebt [2]), sicher, dass die dingliche Wirkung des Konnossements nicht von der romanistischen Doktrin geschaffen worden ist. Nicht nur wird sie in der Tat in der älteren Literatur gar nicht erwähnt, sondern die Unabhängigkeit des Satzes von der Doktrin wird gelegentlich ganz deutlich ausgesprochen. So führt der Hamburger Sluter [3]) die dingliche Konnossementswirkung zwar auf die c. 1 C. de donationibus zurück, hebt aber insbesondere im Anschluss an Schilter hervor, dass das römische Erfordernis der Präsenz der Ware bei der Urkundsbegebung nicht rezipiert sei, wobei er auf die mittelalterlichen Immobiliarvergabungen per cartam, namentlich auf die Niederlegung der carta auf dem Altar verweist; sodann fährt er fort: observo eas (i. e. litteras recognitionis) a nauta merces recipiente scribi, dum ejus ad quem mittantur negotium gerit, et rem totam inter mercatores, harum subtilitatum ignaros agi, adeoque hanc doctrinam in dijudicando literarum illarum valore usu destitui, qui maxime voluntate expressa praesumtaque contrahentium nititur. Indessen ist diese Unabhängigkeit von der Doktrin nicht — wie Biermann annimmt — eine Besonderheit der dinglichen Wirkung des Konnossements. Es teilt dieselbe vielmehr mit allen Fällen einer Instrumentalübereignung. Denn alle diese Fälle standen praktisch im Prinzip schon lange fest und wurden durch das Mäntelchen der tradito ficta nur gedeckt. Sie mögen im einzelnen

[1]) „La vente d'un vaisseau étant en voyage, ou faite sous seing privé, ne pourra préjudicier aux créancier du vendeur".

[2]) Biermann l. c. S. 280.

[3]) Dissertatio de traditione mercium. Traject ad Rh. 1750 p. 28 ff. S. 34.

hie und da unter dem Einfluss der Doktrin verändert worden sein, und sie sind auch vor allem durch die Doktrin vor der Zerstörung durch die reinromanistische Rezeption bewahrt worden. Aber ihr gemeinsamer Ausgangspunkt liegt im germanisch-romanischen Urkundenwesen; nicht nur die Konnossementsbegebung, sondern sie alle sind „Volksrecht", nicht Juristenrecht; die Konnossementsbegebung ist nur ein einzelner, von der alten Jurisprudenz offenbar etwas spät entdeckter Fall. —

Angesichts dieser Sachlage mag es eine müssige Frage erscheinen, seit wann und wie das Konnossement dazu gekommen ist, als Traditionspapier Verwendung zu finden. Indessen wäre es immerhin eine erwünschte Bestätigung der hier vorgetragenen Anschauung, wenn man den Zusammenhang des Konnossements oder eines andern Traditionspapiers mit einer der im mittelalterlichen Verkehr zur Mobiliarübereignung oder Verpfändung verwendeten cartae traditionis nachweisen könnte. Im Rahmen dieser Abhandlung ist eine erschöpfende Untersuchung dieser Frage nicht möglich. Immerhin mag es gestattet sein, auf die Möglichkeit eines Zusammenhanges hinzuweisen, welche für das Konnossement nicht ganz abzulehnen sein wird.

Die frühe Ausbildung des Konnossements im südeuropäischen Verkehr und namentlich die schon von Goldschmidt aufgefundenen Spuren seiner dinglichen Wirksamkeit in den italienischen Statuten des 16. Jahrhunderts weisen für die Entstehung dieser dinglichen Wirkung auf den Mittelmeerverkehr hin, mag auch erst der atlantische Verkehr die Verwendung im grossen gebracht haben. Sucht man aber im Süden nach einem Anknüpfungspunkt und vergegenwärtigt man sich die heutige praktische Verwendung des Konnossements im Grosshandel, so muss der Blick auf das Seedarlehn fallen. Das Konnossement erscheint heute in seinem wichtigsten Anwendungsfall, dem überseeischen Remboursgeschäft der Banken, dem Wechsel „angehängt" [1]; der überseeische Einkaufskommissionär verkauft zur Beschaffung des Einkaufspreises für die von ihm zu erwerbende

[1]) Vgl. z. B. die lehrreiche Schilderung bei F. Urbig, Geldwesen und Warenhandel im Osten 1904 S. 16 ff. Vgl. ferner Goldschmidt, Handb. I 2 S. 661; G. Cohn, Holzendorff-Kohlers Enzyklop. I [6] S. 1042. Für das französische Recht Basset, Des avaries, du connaissement, Paris 1889 S. 106.

Ware an einen überseeischen Geldgeber (Bank) einen auf eine heimische Bank gezogenen Wechsel, für dessen Akzeptierung und Einlösung der heimische Einkaufskommittent zu sorgen hat. Zur Sicherung des überseeischen Geldgebers und der heimischen Bank wird dem Wechsel das Konnossement und die Versicherungspolice angehängt, er geht als sog. dokumentierte Tratte, traite documentaire; bis zur erfolgten Deckung durch den Einkaufskommittenten vermittelt das Konnossement dem Geldgeber ein Pfandrecht an der Ware; ist die heimische Bank gedeckt, so kann sie Konnossement und Versicherungspolice an den Einkaufskommittenten gelangen lassen, der damit die inzwischen eingetroffene Ware beim Schiffer erhebt.

Diese dokumentierten Wechsel sind alt; sie erscheinen in ganz entsprechenden Formen als vom überseeischen Kommissionär auf den Einkaufskommittenten gezogene Tratten, sobald die dingliche Wirkung des Konnossements überhaupt voll auftaucht[1]).

Dem gleichen wirtschaftlichen Zweck dient aber im südeuropäischen Mittelalter das Seedarlehn, genauer der Seewechsel mit Pfandklausel[2]). Wie bereis oben erwähnt, ist er im 12. und 13. Jahrhundert „domizilierter eigener Wechsel" [3]) und der Wechselgläubiger erwirbt mit der Begebung das Pfandrecht an der Ware zur Sicherung seiner Forderung aus dem zur Anschaffung der Ware regelmässig gewährten Darlehn. Als typisches Beispiel sei angeführt:

> Ego B. S. confiteor et recognosco tibi Petro de Bella Aqua me habuisse et recepisse ex causa permutationis seu cambii a te 100 l. monete miscue curribilis in Massilia, . . . pro quibus 100 l. promitto tibi . . . dare et solvere

[1]) So in dem Fall, welchen v. d. Ende in seinem Gutachten vom 9. April 1706 mitteilt, Barels, Advysen II S. 84 ff.; vgl. den Fall bei Widow l. c. S. 4, und besonders die Erörterungen von Blanck, Diss. de litt. recogn. 1744 S. 62 ff.

[2]) Nach Wieland, Cambium und Wechselbrief, Festg. für Heusler, Basel 1904, würde für das Urgeschäft unseres Wechsels die Klausel ex causa cambii nicht wesentlich sein, Remittierung aus irgendwelcher causa genügen. Der Kreis der hier in Betracht kommenden Geschäfte würde damit noch erweitert.

[3]) Über den jedenfalls anschaulichen Ausdruck Goldschmidts „domizilierter Eigenwechsel" vgl. C. Freundt, Das Wechselrecht der Postglossatoren 1899 S. 21 ff.

. . 254 bisancios sarracenatos in Acconis et 4 cairatos, infra 15 dies postquam navis . . applicuerit apud Acconem, sanis tamen euntibus mercimoniis meis que debent vehi in dicta nave ad tuum resegum usque ad quantitatem dictorum bisanciorum: quos merces inde tibi obligo et trado in pignore pro bisanciis supradictis . . . Blancard, Amalric 109, 23. März 1248.

Die Gefahr des Transports trug der Gläubiger nach der Klausel „sanis euntibus mercimoniis“; der Wechsel war in den meisten Fällen an Order gestellt, tibi ant certo nuntio tuo, und konnte durch procuratoria übertragen werden. War nicht durch Signieren auf den Namen des Gläubigers, Eintragung in das Schiffsregister oder in einer der anderen oben besprochenen Formen die custodia des Gläubigers hergestellt, so musste sich die Begebung des Konnossements an ihn als brauchbares Sicherungsmittel empfehlen, zumal dieses bereits als Orderpapier entwickelt war [1]). Eine dingliche Wirkung der Konnossementsbegebung selbst war dabei noch überflüssig, ja es bedurfte der Konnossementsbegebung an sich überhaupt nicht, da die Verpfändung der Ware durch die Begebung des Seewechsels erfolgte, der, wie oben ausgeführt, als carta traditionis fungierte.

An Stelle der Klausel salva eunte nave ist allmählich die mit dem Wechsel verbundene Versicherungspolice getreten: mit Ausbildung des Versicherungswesens fällt die Gefahrtragung durch den Gläubiger vielfach fort, die Gefahr übernehmen andere Personen, insbesondere häufig der Spediteur [2]). Vor allem aber tritt an Stelle des eigenen Wechsels allmählich die Tratte [3]). Die Tratte vermag wohl eine Pfandklausel in sich

[1]) Vgl. Archives de l'Orient latin II Famagusta 195 (30. Juli 1300): Tamen nos dicti patroni teneamur et debeamus dare et traddere integraliter, presentialiter tibi dicto Bernardo sive tuo certo nuncio dictum vinum tuum.

[2]) Vgl. Ehrenberg, Z f. HR. 32 S. 275 und dort die Eintragung aus dem Handelsbuch der Bene e Compagni; Goldschmidt, Universalgesch. S. 362 ff. H. Sieveking, Aus venetianischen Handlungsbüchern, Schmollers Jhrb. 1902 S. 209.

[3]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 430 ff., C. Freundt, Das Wechselrecht der Postglossatoren, Abschn. 1 u. 2, dazu Heymann, Deutsche Lit.-Ztg. 1900 S. 2152 ff.; Wieland l. c. — Die Tratte musste bei Geschäften der hier interessierenden Art, abgesehen von sonstigen Gründen, den Eigen-

aufzunehmen, doch wird diese als Wechselklausel selten[1]); zumal seit Ausbildung des unbeschränkten Giros musste es sich empfehlen, Wechsel, die einen Kurs haben sollten, von solchen mit dem Kausalgeschäft in enger Beziehung stehenden Klauseln zu entlasten. Es lag nichts näher, als dass jetzt die Pfandklausel in das Konnossement überging und dass dieses — auf Grund ausdrücklichen Vermerks oder stillschweigend — die Funktion als carta traditionis übernahm. Dass das Konnossement zu dieser Funktion fähig blieb, verdankt es dem Umstande, dass es auf die Dauer nicht mehr vom Notar, sondern ausschliesslich vom Schiffsschreiber, schliesslich vom Kapitän ausgestellt wurde, und so nicht in der Masse der allmählich objektiv gefassten Notariatsinstrumente aufging[2]).

Bestätigt scheint mir die Vermutung dieses Zusammenhangs dadurch zu werden, dass man noch im 18. Jahrhundert im Mittelmeerverkehr bei den hier in Frage stehenden überseeischen Remittierungsgeschäften zwecks Verpfändung der Ware mittels Konnossements als „Indossament" folgenden Vermerk auf den Rücken des Konnossements setzte:

> Le sodette mercancie vanno obligate e hypotegate al Signor Pierr' Antonio in Amsterdam, per la summa di Ristaleri 1000 correnti, da piachi 50 l'uno (compresovi il cambio maritimo), per esser' pagati al detto Pierr' Antonio 40 giorni dopo il salvo arrivo dila. Per la valuta havuta qui in contanti dal Fabio Costanzi. Dovendone esser corso el rischio maritimo dal detto Pierr' Antonio. Il quale (ricevuto che havra detti Ristaleri 1000 ed ogni spesa, che potesse haver fatto di Datii, Noli, Provigion' ed altro) debba consignar' all ordinè del detto caricatore le medesime mercanzie[3]).

---

wechsel verdrängen, sobald ein überseeischer Geschäftsfreund, Kommittent, Bankier, das Darlehn zurückzuzahlen bzw. den Kaufpreis vorschussweise zu zahlen hatte. Ein solches Geschäft, leider ohne Spuren einer Deckung durch Konnossement, in den Anweisungen des Wollimporteurs Arigho Albisen auf die Brügger Medici 1441 bei Sieveking, Handlungsbücher der Medici, Wiener Sitzungsberichte 151. Bd. 5. Abh. (1905) S. 46.

[1]) Grünhut, Wechselrecht I S. 478. [2]) Oben S. 193.

[3]) Mitgeteilt von Blanck, Diss. cit. (1744) S. 66. nach Verwer, dessen holländische Übersetzung der Klausel Blanck auch mitteilt. Dass bei blosser

Dies ist im Grunde dasselbe Bild, welches die Seewechsel des 12. und 13. Jahrhunderts zeigen. Die Valutaklausel ist vorhanden (per la valuta), auch die Risikoklausel für den Gläubiger ist noch vorhanden; wie in der oben mitgeteilten Urkunde 15 Tage nach Ankunft, so wird hier 40 Tage nach Ankunft am Bestimmungsort gezahlt. Der Unterschied ist nur, dass diese Verpfändungserklärung auf dem Konnossement steht; dieses ist carta traditionis geworden.

Eigentümlich ist dabei, dass das Indossament des Konnossements sich selbst als eine Art Tratte darstellt[1]). Es wird im Kontext als Wechsel bezeichnet: compresovi il cambio maritimo (mit Einschluss des Aufgeldes für den Seewechsel), und auch Blanck (S. 64) bemerkt, dass ein solches Indossament „cambium maritimum constituat". Wenn der Gläubiger befriedigt ist, muss er die Waren consignar' all ordine del detto caricatore (des Abladers), d. h. er händigt das Papier gegen Zahlung dem vom Ablader bezeichneten Destinatär, dem Bezogenen, aus. Der alte „Eigenwechsel" ist auch hier wie sonst[2]) zur Valutaklausel zusammengeschrumpft, die Tratte dient seiner Ausführung.

Ganz ähnliche „Indossamente" waren gleichzeitig im Hamburgischen Verkehr üblich; der Hamburger Langenbeck berichtet:

> Wenn ohne spezialen Bodmerey-Brief auf Waaren in Form von Bodmerey, Gelder verschossen werden, wird in dorso des Connossements von solchen Gütern gestellet, dass diese Güter verboddemet und hypothesiret an N. N. (als den Geber) für die summa von . . . Mark, das Aufgeld der Bodmerie darunter mitbegriffen, welche summa zu bezahlen an A. A. (den Freund in loco, wohin das Schiff destinieret und die Güter consignieret) vierzehn Tage (oder mehr Zeit, wie es akkordieret ist) nach glücklichem Arrivo des Schiffes, den Wehrt empfangen von B. B. (ist der Aufnehmer) und

Eigentumsübertragung einfaches Indossament vorkommt, auch Blankoindossament zugelassen ist, Blanck S. 62 ff. Verwer, Nederlants Seerechten (1764[4]) S. 256 bemerkt zu dem Formular: soo als in Smirne dagelijx geschiet, und giebt noch eine zweite einfachere Formel.

[1]) Es ist das fortlebende Übergangsstadjum zur gewöhnlichen Tratte mit einfachem Indossament des angehängten Konnossements,die damals ebenfalls schon vorkam. [2]) Vgl. Freundt l. c. S. 24 ff., S. 99.

soll die Avanture der See sein für Risiko von N. N. (dem Geber) Locus, annus et dies[1]). Und dieses ist, was unter Cambio Maritimo verstanden wird.

Hier wird von Verbodmung der Ware gesprochen, und auch der Holländer Verwer übersetzt in dem oben mitgeteilten italienischen Formular die Worte compresovi il cambio maritimo mit 't opgelt der Bodmerye daer onder begrepen. Auch sonst ergibt sich aus den Bemerkungen Blancks, dass man in Holland zur Beurteilung des Pfandverhältnisses die Grundsätze der Bodmerei heranzog. Es ist sog. uneigentliche Bodmerei. Wenn wirklich die Bodmerei, wie vielfach angenommen wird[2]), aus dem mittelalterlichen foenus nauticum hervorgegangen oder in dieses eingedrungen ist, so bestätigt die Heranziehung der Bodmerei den hier angenommenen Zusammenhang zwischen Seedarlehnsurkunden und dinglicher Konnossementswirkung direkt. Ist dagegen, wie Pappenheim[3]) annimmt, die Bodmerei ein Fall der rein deutschrechtlichen neueren Satzung an Fahrnis, dem Norden Europas eigentümlich, so wäre das italienische Indossamentsformular, offensichtlich das Vorbild des nordischen, von der Bodmerei unabhängig[4]), und ihre wissenschaftliche Heranziehung im Norden erklärt sich aus dem Umstande, dass in der oben (nr. 1) charakterisierten Gruppe von Rechtserscheinungen die deutsche neuere Satzung an Fahrnis der südeuropäischen Sachenrechtsübertragung durch traditio cartae entspricht[5]).

[1]) Langenbeck, Anmerkungen über das Hamburgische Schiff- und Seerecht, Hamburg 1727, S. 274. Über Präsentation des cambio maritimo S. 292; vgl. auch S. 409. Vgl. Blanck l. c. S. 66.

[2]) Vgl. besonders Matthiass, Das foenus nanticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei 1881; daselbst über die uneigentliche Bodmerei S. 126 ff. Richard Schröder l. c.

[3]) Pappenheim, Z. f. HR. 40 S. 378 ff.; Sav. Z. f. RG. 24 S. 434.

[4]) Die Respondentia soll auch heute noch im Mittelmeer häufiger sein, als in der deutschen Seefahrt. Vgl. Hopfen, Beiträge zum Bodmereirecht S. 3.

[5]) Wegen des hier nicht verfolgten Lagerscheins vgl. übrigens Archives de l'Orient lat. II Famagusta Nr. 155 (25. Juni 1300), einen Extraditionsschein mit benannten auswärtigen Präsentanten, durch den möglicherweise Eigentum auf Franziskus de Rapallo (vgl. Nr. 154, 156 l. c.) übertragen wird, während das Gut sich in der custodia (vgl. noch Lastig, Markenrecht S. 75) eines Pfandgläubigers befindet. Ferner die Verpfändung in Bocaccios Decamerone VIII 10 (Goldschmidt, Universalgeschichte S. 334 n. 118), wo

4. Wir haben heute im deutschen Recht mit der Mehrzahl der Fälle, welche im alten gemeinen Recht von der Theorie der traditio symbolica gedeckt wurden, gebrochen. Wir haben insbesondere eine Instrumentalübereignung von Mobilien im allgemeinen nicht mehr. Es fragt sich, ob denn der Fall der Konnossementsbegebung eine besondere Stellung einnimmt, welche seine Fortdauer in dieser Form rechtfertigt, oder ob er ganz aus dem Rahmen unserer Rechtsordnung fällt und ob er darum eine Reduktion auf deren allgemeine, sonst geltenden Grundsätze erheischt. Mir scheint, dass dies nicht der Fall ist, und dass die Konnossementsbegebung sich als reine traditio cartae durchaus harmonisch unserm Rechtsganzen einordnet.

Wenn als normale Form der Sachenrechtsübertragung an Fahrnis seit alters allenthalben die Besitzübergabe erscheint, so hat diese ihre Funktion als Rechtsübertragungsmittel im entwickelteren Recht nicht deshalb, weil durch sie die „Tatsächlichkeit des Eigentums" (oder des sonstigen Sachenrechts), also die Möglichkeit der Nutzung übertragen wird, sondern nur deshalb, weil die Übergabe mit dem Besitz das „sachenrechtliche Legitimationsmittel"[1]), diejenige Beziehung zum Gegenstand auf den Erwerber überträgt, mittels deren die Verfügungen über das übertragene Recht möglich sind. Historisch beruht die Eigenschaft des Besitzes als sachenrechtliches Legitimationsmittel allerdings auf seinem Wesen als normale Ausübungsform der dinglichen Rechte, auf der ursprünglichen Einheit von Besitz (Gewere) und Eigentum: seitdem man aber Besitz und Recht scheiden gelernt hat, ist für den Rechtserwerbsmechanismus diese Seite des Besitzes in den Hintergrund getreten. Nicht darauf kommt es an, dass infolge der Tradition der Erwerber die aus dem Recht sich ergebende tatsächliche Sachnutzung erhält und behält. Das Eigentum und sogar das Faustpfandrecht bestehen nach heutiger wie schon nach mittelalterlicher Gestaltung auch fort, wenn der Besitz alsbald wieder verloren geht. Entscheidend ist vielmehr, dass

---

die betrogene Courtisane ein Pfandrecht durch Registrierung und Urkundenaustausch bekommt, der Verpfänder aber mit dem Schlüssel den ausschliesslichen Besitz behält (Ed. Firenze 1827 S. 140).

[1]) Vgl. O. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 12 und S. 16. E. Huber, Die Bedeutung der Gewere S 19 ff.

der Veräusserer diejenige Beziehung zur Sache aufgibt, welche die Verfügung über sie ermöglicht, und dass entsprechend der Erwerber in diese Beziehung (wenn auch nur vorübergehend) eintritt; dies macht den Übergang des dinglichen Rechts nicht nur unter den Parteien sinnlich wahrnehmbar (und beugt insofern Irrtümern vor), sondern macht den Rechtsvorgang auch für dritte Interessenten weitgehend erkennbar; nachdem das sachenrechtliche Legitimationsmittel übergegangen ist, können Dritte von dem Veräusserer das Recht nicht mehr erwerben oder doch — wenn nicht Eigentum, sondern ein beschränktes dingliches Recht, etwa Faustpfand, übertragen war — nur belastet mit dem vorher begründeten Recht. Der Veräusserer hat sich des formellen Mittels zu solchen Übertragungen selbst entledigt, und der Erwerber ist durch die Tradition gegen nachträgliche konträre Dispositionen des Veräusserers grundsätzlich gesichert. Diese Grundgedanken bewähren sich freilich nur da, wo man Veräusserungen durch Übertragung des mittelbaren Besitzes noch ausschliesst, überhaupt den Besitz noch nicht stark „spiritualisiert"; schon die Einführung des constitutum possessorium in eine Rechtsordnung ermöglicht verwirrende Rechtsübertragungen, wie etwa in dem Fall, dass zunächst durch constitutum und darauf noch einmal an einen zweiten Erwerber durch körperliche Tradition Eigentum übertragen wird[1]).

Wenn man nun im Interesse der Verkehrserleichterung oder einer möglichst weitgehenden Publizität nach Surrogaten der Tradition sucht — und als solche sind im Laufe der europäischen Entwickelung, wie schon erwähnt, hauptsächlich die Grundbucheintragung mit ihren geschichtlichen Vorstufen, ferner die traditio cartae und der blosse Vertrag in Betracht gekommen —, so ist von vornherein klar, dass solche Surrogate

[1]) Alle solche Doppelverfügungen bieten immer nur tatsächliche Schwierigkeiten, solange man an der Regel nemo plus juris tranferre potest quam ipse habet im römischen Sinne festhält. Immerhin vermindern sie stark die Rechtssicherheit. Unter der Geltung des Satzes „Hand wahre Hand", mit der Möglichkeit des Erwerbs auch vom Nichtberechtigten auf Grund bloss formaler Legitimation durch den Besitz, verschlechtert der Veräusserer aber durch nachträgliche konträre Dispositionen unter Umständen auch die materielle Rechtslage des ersten Erwerbers. — Man denke auch an die Situation bei sessio triduana.

die erwähnten Zwecke der Tradition nur unter zwei Voraussetzungen voll erfüllen können: einerseits wird man das betreffende Surrogat als alleinige Rechtsübertragungsform anerkennen müssen, da die freie Konkurrenz verschiedener Formen die Rechtssicherheit sehr stark gefährdet, andererseits wird man die gewählte Übertragungsform so gestalten müssen, dass bei ihrer Vornahme möglichst in der Hand des Veräusserers auch nicht einmal ein formales Mittel zur fraudulösen oder sonst unrechtmässigen Wiederholung des Aktes zum Schaden des Erwerbers oder Dritter zurückbleibt.

Im höchsten Masse entspricht diesem Bedürfnis unser modernes Grundbuchsystem, am wenigsten der blosse Vertrag. Die traditio cartae steht etwa in der Mitte. Sie lässt wenigstens unter besonderen Umständen eine Gestaltung zu, die den erwähnten Anforderungen entspricht[1]). Freilich ist diese Gestaltung durchaus nicht überall da erreicht gewesen, wo man in früheren Zeiten die Anwendung der carta zugelassen oder gefordert hat. Annähernd erreicht ist das Ziel für Immobilien in der langobardischen Übereignung per cartam: diese wurde, wenn auch nicht ausschliesslich[2]), so doch ausweislich des reichen überkommenen Urkundenmaterials regelmässig für die Immobiliarübereignung angewendet, und der Veräusserer gab bei ihr nicht nur die Veräusserungsurkunde, sondern auch seine und seiner Vorgänger Erwerbsurkunden (die instrumenta antiqua) in die Hände des Erwerbers zu dessen Sicherheit[3]). Eine ähnliche Gestaltung zeigte das angelsächsische Recht[4]), und noch heute ist das von dem englischen conveyancers kunstvoll ausgestaltete System der Grundstücksübereignungen und -belastungen mittels deed auf diesem Grundgedanken aufgebaut[5]), ein System, das die Engländer sogar ihren (fakultativen) Registrierungen vorziehen.

---

[1]) Ähnlich die alte römische mancipatio in engeren Verhältnissen Gajus I 22 und dazu über das Recht der Papyri Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde S. 103.

[2]) Brunner, Urkunde S. 139.

[3]) Brunner, Forschungen S. 529, A. Schultze, Langobardische Treuhand S. 90 ff., wo reichhaltige Belege.

[4]) Brunner, Urkunde S. 116.

[5]) Heymann, Holtzendorffs Enzyklop. I[6] S. 821 und dort Zitierte; neuestens der wertvolle Aufsatz von Maitland in Grünhuts Zeitschr. Bd. 32 S. 10.

Auf dem Gebiet des Mobiliarrechts wird eine so weitgehende Verwendbarkeit der carta niemals zu erreichen sein. Denn der Verkehr kann erfahrungsgemäss für Mobilien nicht ohne die Übereignung durch einfache körperliche Tradition auskommen, so dass die traditio cartae als allgemeines Übertragungsmittel nur konkurrierend in Betracht kommt. Indessen kann in Ausnahmefällen die carta auch hier durchgreifend ihre Aufgabe erfüllen. Ein solcher Ausnahmefall war die römische Sklavenübereignung der c. 1 C. de don. 8, 53; soweit die bei anständigem Geschäftsgang sehr natürliche und durch die Freilassung mittels Urkundenrückgabe bestätigte Sitte reichte, nur servi apochati, d. h. nur Sklaven mit den früheren Erwerbsurkunden, zu veräussern, ermöglichte sie die Veräusserung des Sklaven durch blosse Übergabe der Urkunde[1]).

Ein solcher Ausnahmefall ist aber auch die Begebung des Konnossements und der verwandten Urkunden. Seitdem das Konnossement voll zum Präsentationspapier ausgebildet ist, ohne dessen Rückgabe der Schiffer die Ware nicht aushändigt, ist es zum Surrogat der Tradition geeignet: von dem Zeitpunkt an, wo die Ware in die Hand des Schiffers gekommen, von ihm „übernommen“ ist, ist eine rechtmässige Veräusserung oder Belastung mittels blosser Besitztradition ausgeschlossen, diese ist als selbständiges sachenrechtliches Legitimationsmittel ausgeschaltet. Nur wer das Papier hat, kann Rechte an der Ware übertragen, nur wer es erwirbt, kann solche Rechte erwerben und verfolgen. Im einzelnen kann der Eigentümer der Ware ohne Konnossementsrückgabe den unmittelbaren Besitz nicht einmal selbst erlangen, geschweige denn übertragen; er kann auch den mittelbaren Besitz nicht ohne Konnossementsbegebung tradieren; hat er andererseits das Konnossement aus der Hand gegeben, so

[1]) Vgl. Brunner, Urkunde S. 115. Dagegen Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre (herausgeg. v. Göppert) § 20. Ob die Sitte noch im späteren Mittelalter fortbestand, lässt sich aus dem Urkundenmaterial nicht mit Sicherheit beantworten; dass die Übergabe der instrumenta antiqua nicht erwähnt wird, liegt in der allgemeinen Zulässigkeit der Fahrnisübertragung per instrumentum. Für das Fortbestehen der Sitte spricht vielleicht Arch. de l'Orient lat. II Famagusta 86 (1300), wo es ausnahmsweise einmal heisst: quem sclavum confiteor emisse in publico rudagio Famaguste; offenbar fehlt hier die Erwerbsurkunde.

ist ihm jede konträre Verfügung zum Schaden des Konnossementserwerbers unmöglich; wird die Ware dem Schiffer gestohlen, so kann sie von dem durch Konnossement legitimierten Eigentümer gegen jeden verfolgt werden; gibt der Schiffer die Ware ohne Konnossementsrückgabe freiwillig heraus, so ist der berechtigte Konnossementsinhaber als dinglich Berechtigter ebenfalls persönlich in der Lage, gegen jeden Erwerber der Ware vorzugehen, der Erwerb des Dritten vom Schiffer oder dessen Nachmann ist rechtswidrig. Nur für den letzterwähnten Punkt gilt eine wichtige und notwendige[1]) Ausnahme zugunsten des Satzes „Hand wahre Hand“: unter der Herrschaft dieses Satzes in seiner modernen[2]) Gestalt erwirbt der Gutgläubige an der vom Schiffer freiwillig ohne Konnossementsübergabe ausgehändigten Ware durch Tradition das dingliche Recht aus der Hand des Nichtberechtigten; der Besitz der Ware wirkt eben in diesem besonderen Falle nicht bloss formal, sondern auch materiell (nicht bloss relativ, sondern absolut) als sachenrechtliches Legitimationsmittel, und diese Wirkung setzt der ausschliesslichen Legitimationswirkung des Konnossements ebenso ein Ende, wie sonst die Rückgabe des Konnossements an den Schiffer gegen Aushändigung der Ware[3]). Im übrigen aber ist der Konnossementserwerber geschützt.

---

[1]) Notwendig natürlich nur, wenn nicht das Recht den Satz vom Eigentumserwerb des Gutgläubigen aus der Hand des Nichteigentümers durch eine Ausnahme zugunsten des Konnossements durchbrechen will, was im Verkehrsinteresse sehr bedenklich wäre.

[2]) Die moderne Gestalt dieses Satzes, d. h. seine Beschränkung auf den gutgläubigen Erwerber, rührt aus derselben Zeit her, in der die dingliche Wirkung des Konnossements sich voll entwickelt hat, aus dem 15. oder 16. Jahrhundert. Vgl. Goldschmidt, Universalgesch. S. 299.

[3]) Abgesehen von diesem Fall versagt das Konnossement als ausschliessliches Legitimationsmittel nur noch, wenn es falsch bzw. gefälscht ist (die Ware also nicht übernommen war) oder wenn — was dem gleichsteht — die übernommene Ware vom Schiffer ohne Konnossementsrückgabe dem Eigentümer ausgehändigt wird bzw. sonst widerrechtlich in dessen Hand gelangt, er sie durch körperliche Tradition weitergibt und dann trotzdem von dem Konnossement Gebrauch macht. Fälle dieser letzteren Art werden selten sein; sie spielen für die Würdigung der Brauchbarkeit der Papierbegebung als Besitzsurrogat nicht einmal die Rolle, welche die obenerwähnte Möglichkeit einer betrügerischen Verwendung des constitutum possessorium für die

Es steht also nichts im Wege, das Konnossement — und entsprechend Ladeschein und Lagerschein — von der Übernahme der Ware an als ausschliessliches Legitimationsmittel zu verwenden, die Bestellung von Sachenrechten hier also von der Besitzübertragung überhaupt völlig loszulösen und davon vollständig abzusehen, ob etwa mit der Konnossementsbegebung zugleich Besitz übergeht[1]). Das Handelsgewohnheitsrecht, welches die absolute dingliche Wirkung des Konnossements statuierte, ist nur insofern eine „Singularität", als es in einem besonderen Falle neben der sonst verwendeten Besitzübergabe das besondere sachenrechtliche Legitimationsmittel der traditio cartae zur Geltung brachte; es ist aber keine Singularität im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung, deren Zwecke in dieser Form besser erreicht werden als durch Verwertung des allgemeinen Rechtsübertragungsmittels der Übergabe. Aus der Präsentationspapierqualität des Konnossements erklärt sich, dass hier ein Fall der traditio cartae bis in die neueste Zeit fortbestehen konnte.

6. Die dingliche Wirkung der Traditionspapiere hat ihren alten Charakter im Laufe des 19. Jahrhunderts in Deutschland nicht geändert. Weder der Wortlaut des alten, noch der des neuen HGB.s geben, wie gezeigt, einen Anhaltspunkt für solche Annahme; die Redaktionsgeschichte beider Gesetzbücher spricht ebenfalls dagegen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Goldschmidts Detentionstheorie in der Zeit vor dem Erlass unserer neuen Reichsgesetzgebung weitverbreitet war: stets sind auch gegenteilige Meinungen vertreten worden, und vor allem hat weder Goldschmidt selbst noch haben die ihm folgenden obersten Reichsgerichte andere Folgerungen aus der Detentionstheorie gezogen als die Ausdehnung der Konnossementsgrundsätze auf

Bewertung des Traditionsprinzips oder die Möglichkeit einer Grundbuchfälschung für die Frage nach der Brauchbarkeit unseres Grundbuchsystems spielen.

[1]) M. E. ist dies der berechtigte Kern der alten Annahme, dass symbolische Tradition nur vorgenommen werden dürfe, wenn die reale nicht möglich oder doch besonders schwierig sei. So die Lehre des 17. und 18. Jahrhunderts, so noch heute die Engländer, vgl. K. Adler, Lagerhausrecht S. 171 anm. 4, Carver, Carriage by sea S. 497.

die anderen Arten der Traditionspapiere. Folgerungen, wie sie heute die relativen Theorien ziehen müssen, lagen der alten Detentionstheorie sehr fern. Zudem kann die blosse Tatsache, dass eine bestimmte Konstruktion eines Rechtsinstituts vor dessen Kodifikation herrschend war, für sich allein noch nicht die Annahme rechtfertigen, dass diese Konstruktion in die Kodifikation übergegangen sei.

Das BGB. hat aber ebenfalls eine Veränderung der Rechtslage nicht gebracht, insbesondere nicht durch seine Grundsätze über den Fahrniserwerb. Diese sind durchaus wesensverschieden von den Sätzen über Traditionspapiere. Denn die Normen des BGB.s beruhen in der Hauptsache auf der Traditionsidee. Kohler[1]) hat freilich den Satz aufgestellt, dass „das BGB. in der Tat und Wirklichkeit das System des Eigentumserwerbs durch blossen Vertrag angenommen hat". Indessen kann man doch nicht in Abrede stellen, dass brevi manu traditio, constitutum possessorium und, falls der Veräusserer mittelbaren Besitz hat, auch die Vindikationszession im BGB. bei aller Annäherung an die Vertragsidee auf der Besitzidee aufgebaut sind. Freilich sind mit dem Besitz auch diese modernen Rechtserwerbsformen „spiritualisiert", aber es ist doch insbesondere das Konstitut weit entfernt von der Gestaltung, welche einst Tiraquell mit seinen Nachfolgern und schon vorher die Postglosse zur Anwendung brachten. Ganz abgesehen von dem Ausschluss des abstrakten Konstituts — das die Praxis mit Recht bekämpft —, ist stets auch die Erkennbarkeit des mittelbaren Besitzes, wenigstens für die Beteiligten, beim Konstitut zu fordern. Hätte aber Kohler auch in seiner Formulierung recht, so wäre damit für die relativen Traditionspapiertheorien noch gar nichts gewonnen. Denn wenn auch die Vertragsidee wirklich zugrunde läge, im einzelnen hebt Kohler selbst die vielen Einwirkungen der alten Besitzidee hervor, und er selbst, ein alter Anhänger der absoluten Konnossementswirkung, würde gewiss weit entfernt sein, ein Institut wie die Traditionspapiere, bei denen der Gedanke eines Rechtserwerbs ohne Besitzübergabe

[1]) Archiv für Bürgerl. Recht 18 S. 1 ff., S. 95, und in Holtzendorffs Enzyklop. I[6] S. 611.

jedenfalls viel kräftiger durchgeführt ist als bei jenen Vorschriften des BGB.s, diesen ohne weiteres unterzuordnen.

Nur in einem Falle hat für den rechtsgeschäftlichen Mobiliarerwerb das BGB. die Besitzidee völlig aufgegeben, nämlich im Fall der Vindikationszession, sofern der Veräusserer nicht mittelbarer Besitzer ist. Vergleicht man aber die historische und systematische Stellung dieses Rechtserwerbsfalls mit dem Fall der §§ 424, 450, 647 HGB., so kann kein Zweifel darüber sein, dass es sich hier nicht um wesensgleiche Fälle in dem oben dargelegten Sinne handelt. Die Vindikationszession des BGB.s ist ein erster Versuch, die Vertragsidee des französischen Rechts in unser deutsches System aufzunehmen. Dieser Versuch ist mit grosser Vorsicht unternommen worden; man hat das Institut mit allen möglichen Kautelen umgeben, es ist vor allem für den Pfanderwerb ausgeschaltet (§ 1205 [2]), und man ist für den Erwerb vom Nichtberechtigten auch bei Eigentum und Niessbrauch (§§ 934, 1032 BGB.) im Grunde zum Traditionsprinzip zurückgekehrt [1]). Es fehlt eben hier jede Publizitätsform, und das musste irgendwie aufgewogen werden. Soll man den Rechtserwerb durch Konnossement, Ladeschein und Lagerschein — wie die streng-relative Theorie will — in diese Zwangsjacke stecken? Cui bono? Und mit welchem Grund? Die handelsrechtlichen Traditionspapiere sind ein Anwendungsfall der carta traditionis, sie leiten ihre Wirkung und ihren inneren Wert aus der Präsentationspapierqualität her. Die Vindikationszession des BGB.s ist ein Anwendungsfall der reinen Vertragsidee — also der radikal-naturrechtlichen Weiterbildung der traditio cartae — mit allen ihren Vorzügen, aber auch ihren Schwächen, sie hat nicht annähernd die gleiche Stärke des inneren Grundes für sich, wie die Traditionspapiere, und bei ihrer Durchführung im einzelnen hat jedenfalls nicht die französische Eleganz allein den Griffel geführt. Man kehrt das Verhältnis der Dinge um, wenn man die Traditionspapiere den Grundsätzen unserer neuen Vindikationszession unterordnet.

Für die Annahme der Repräsentationslehre endlich, dass

---

[1]) Denn auch nach dem Traditionsprinzip reicht Einigung mit nachfolgender Besitzverschaffung zum Eigentumserwerbe aus. Vgl. oben S. 166 n. 4.

bei der Traditionspapierbegebung die Übertragung mittelbaren Besitzes sachenrechtlich wie die Übertragung unmittelbaren Besitzes wirken soll, findet sich, soweit ich sehen kann, in unserer ganzen Rechtsordnung überhaupt kein Analogon. Diese Meinung ist schliesslich nur die alte, für diesen Fall noch fortlebende Erklärung der traditio ficta bei den alten Italienern, ins Moderne gewendet: Der durch das Papier gegebene mittelbare Besitz an der Ware „repräsentiert" den unmittelbaren Besitz derselben. In Wahrheit „repräsentiert" das Papier den unmittelbaren Besitz der Ware, d. h. ohne Bild: der Warenbesitz ist als sachenrechtliches Übertragungsmittel völlig ausgeschaltet, ein anderes steht an seiner Stelle. Dies allein ist auch der berechtigte Kern der alten Doktrin; sie verdankt ihn der traditio per cartam.

VI.

Es mag gestattet sein, noch einige besonders wichtige Einzelfragen zu streifen und sie auf ihr Verhältnis zu dem hier eingenommenen Standpunkt kurz zu betrachten.

1. Ein wichtiger Prüfstein der ganzen Lehre und zugleich vielleicht ihr schwierigster Punkt ist die Behandlung einer Mehrheit von Konnossementsexemplaren. Man kann sagen, dass an dieser Frage, wie schon ehemals die Detentionstheorie Goldschmidts, so jetzt beide relativen Theorien gescheitert sind, sie können die §§ 648, 649 HGB. mit ihrer Grundanschauung nicht voll vereinbaren. Schon Goldschmidt vermochte keine Lösung für den (wegen der üblichen Blankokonnossemente sehr häufigen) Fall zu geben, dass sich die Reihenfolge der Konnossementsbegebungen, die an verschiedene Personen erfolgt sind, nicht ermitteln lässt, oder dass mehrere Exemplare nicht durch einen gemeinschaftlichen Vormann (Ablader und Konnossementsdieb) begeben sind. Diesem Falle ist praktisch aufs engste der weitere verwandt, dass gleichzeitig mehrere Konnossemente von demselben Vormann an verschiedene Nehmer, insbesondere zum Zweck der Bestellung verschiedenartiger Rechte (Eigentum und Pfandrecht) begeben sind. Goldschmidt[1])

[1]) Handbuch I 2 S. 732.

wollte es für die genannten Fälle so halten, „als wenn kein Konnossement ausgestellt wäre“ und die mehreren Konnossementsinhaber sollten danach nur „ihre anderweitigen Rechte gegen den Vormann bzw. Ablader geltend machen“ können. In der Tat kann man hier vom Standpunkt der Detentionstheorie nicht feststellen, für wen der Schiffer eigentlich detiniert. Mit Recht hat man demgegenüber darauf hingewiesen[1]), dass damit die dingliche Konnossementswirkung in diesem — sehr wichtigen — Fall vollkommen versagt, und dass insbesondere, wenn bald nach der Doppelbegebung der Ablader in Konkurs fällt, die Ware bei dessen Konkursmasse verbleibt, so dass sämtliche Konnossementserwerber das Nachsehen haben. Hellwig hebt daher nicht mit Unrecht bei diesem Punkt die Unzulänglichkeit der Detentionstheorie hervor und bemerkt, „nur für den oberflächlichen Beobachter“ werde „dieser Schiffbruch durch jene Verweisung auf die anderweiten Rechte der Inhaber verdeckt“. Aber mit Hellwigs Lehre steht es nicht viel besser; auch sie versagt ähnlich in dem entsprechenden Fall, dass gleichzeitig mehrere Konnossementsexemplare an verschiedene Inhaber begeben sind und gleichzeitig dem einen Eigentum, dem andern Pfandrecht übertragen wurde. Hellwig[2]) bekennt, dass hier „die Schwierigkeit fast unlösbar“ sei und glaubt: „diese auch sonst denkbare Situation scheint nur dadurch entwirrt werden zu können, dass die Sache verkauft und der Erlös unter die beiden Konkurrenten verteilt wird“. Die Rechnung geht also auch ihm nicht auf. Und in der Tat, sie kann von seinem Standpunkte nicht aufgehen. Zwar wird man bei analoger Heranziehung der Vindikationszession annehmen können, dass durch mehrfache gleichzeitige Konnossementsbegebung zum Zwecke der Eigentumübertragung Miteigentum der Erwerber begründet wird: ist der Zedent im mittelbaren Besitz, so werden die Konnossementserwerber Mitbesitzer; ist er es nicht, so werden sie wenigstens Gesamtgläubiger, und man wird hier vielleicht Miteigentumserwerb durch blosse Vindikationszession annehmen können, nach dem Vorbilde des Falls, dass jemand seinen Herausgabe-

[1]) Boyens, Seerecht II S. 328 n. 5, Hellwig S. 511.

[2]) Hellwig S. 509.

anspruch an zwei Gemeinschafter abtritt[1]); ähnlich liegt es auch bei Übertragung mehrerer Pfandrechte an mehrere Erwerber: bei mittelbarem Besitz des Pfandbestellers und entsprechender Benachrichtigung gemäss § 1205² kann die streng-relative Theorie hier zur Annahme der Begründung gleichrangierender Pfandrechte kommen[2]), während beim Fehlen mittelbaren Besitzes die Verpfändung durch Konnossementsbegebung hier überhaupt ausgeschlossen wäre. Vollkommen unmöglich aber wird in der Tat die streng-relative Konstruktion bei gleichzeitiger Bestellung verschiedenartiger Rechte: erhält gleichzeitig der eine ein Konnossement zwecks Eigentumsübertragung, der andere das Duplikat zwecks Pfandbestellung, so kann zunächst der Eigentumsprätendent das Eigentum nicht erwerben; denn die Übertragung blossen Mitbesitzes genügt nicht zum Eigentumserwerb, und auch die reine Vindikationszession (ohne Besitzübertragung) versagt, weil die Abtretung bzw. Verschaffung eines (sozusagen) nur halben Herausgabeanspruchs (der solidarisch auch von dem Duplikatsnehmer erworben wird) dem Tatbestande des § 931 BGB. nicht genügt; andererseits kann der Pfanderwerb des Duplikatsnehmers nicht stattfinden, weil ohne Erlangung des mittelbaren Besitzes ein Pfanderwerb gemäss § 1205² BGB. überhaupt nicht eintreten kann und der Erwerb des einfachen mittelbaren Mitbesitzes neben dem Eigentümer — gemäss dem in § 1206 BGB. niedergelegten Grundgedanken — niemals ein Pfandrecht verschaffen kann. So kann man auch von Hellwigs Standpunkt zu einer erschöpfenden Beantwortung der Sachenrechtserwerbsfrage nicht kommen, ganz abgesehen davon, dass — wie bereits oben (S. 184 f.) ausgeführt — auch sonst in Einzelheiten die Grundsätze über mehrfache Konnossemente nicht geeignet sind, Hellwigs Grundgedanken zu tragen.

Nicht anders aber liegt es für die Repräsentationstheorie. Ihr Vertreter Schaps[3]) gelangt in Anlehnung an Goldschmidt für die oben genannten drei Fälle zum gleichen Resultat wie dieser: weil keiner der Konnossementsinhaber sein besseres Recht

---

[1]) Immer muss man von der Willensdivergenz der Parteien absehen.

[2]) Hellwig S. 509. Er selbst denkt übrigens möglicherweise an ein doppeltes Konstitut; vgl. oben S. 184.

[3]) Schaps zu § 649 HGB.

beweisen kann, muss — bei Hinterlegung des Guts — die Klage bzw. Widerklage eines jeden abgewiesen werden, es bleiben nur „die anderweiten Rechte". In der Tat muss auch vom Standpunkt der Repräsentationslehre die dingliche Wirkung des Konnossements in diesen Fällen versagen, und wenn Boyens[1]) im Gegensatz zu Schaps das gesunde Resultat vertritt, dass in allen solchen Fällen die Rechte der mehreren Konnossementsinhaber als gleichwertig nebeneinander bestehen, so fällt er damit vom Standpunkt seiner Grundanschauung aus der Rolle. Denn die Erwerber verschiedener Konnossementsexemplare werden — mittelbaren Besitz des Indossanten vorausgesetzt — nach dem heutigen Recht mittelbare Mitbesitzer, und stellt man dem im Sinne der Repräsentationstheorie den unmittelbaren Mitbesitz gleich, so könnte man auch hier bei gleichzeitiger Bestellung gleichartiger Rechte (durch denselben Vormann oder durch verschiedene Vormänner) vielleicht die Entstehung gleichartiger Sachenrechte annehmen; bei gleichzeitiger Bestellung von Pfandrecht und Eigentum kommt man aber zu dem Resultat, dass Pfandrecht und Eigentumsrecht durch Übertragung unmittelbaren Mitbesitzes, aber ohne den „Mitverschluss" des § 1206 BGB. begründet werden würde, was dem Grundgedanken des BGB. widerspricht.

Führt man dagegen mit der absoluten Theorie den Sachenrechtserwerb mittels Konnossements lediglich auf die Papierbegebung als formales Legitimationsmittel zurück, so schwinden die Schwierigkeiten. Der Erwerber der Prima[2]) erhält das ihm übertragene Sachenrecht, der Erwerber der Sekunda kann nur noch so viel Recht erwerben als in der Hand des Abladers bei der Begebung der Sekunda zurückgeblieben ist; man kann daher zunächst Pfandrecht und sodann pfandbelastetes Eigentum übertragen, man kann hintereinander zwei Pfandrechte übertragen, von denen das erste dem zweiten vorgeht, man kann zuerst Niessbrauch, dann Pfandrecht, dann Eigentum übertragen.

---

[1]) Boyens, Seerecht II S. 328 bei note 4 und 5.

[2]) Prima soll im folgenden das zuerst begebene, Sekunda das an zweiter Stelle begebene Konnossementsexemplar bedeuten.

Dieses Prinzip der Priorität (§ 649 HGB.) ist hiernach keine Singularität, sondern die einfache Folge der Legitimationswirkung des Traditionspapiers. Werden mehrere Konnossementsexemplare gleichzeitig (etwa durch Chef und Prokuristen) zum Zweck der Eigentumsübertragung übergeben, so entsteht Miteigentum; werden sie gleichzeitig zum Zweck der Begründung beschränkter Rechte, insbesondere mehrerer Pfandrechte begeben, so bestehen diese Rechte nebeneinander ebenso wie im Grundbuchverkehr zwei mit gleichem Rang eingetragene Hypotheken oder wie Niessbrauch und Hypothek, die am gleichen Tage im Grundbuch eingetragen sind, im Range gleichstehen; wird Eigentum und Pfandrecht durch gleichzeitige Begebung mehrerer Konnossementsexemplare übertragen, so geht entsprechend das Eigentum mit dem Pfandrecht belastet auf den Erwerber über. Der Erwerber eines Konnossementsexemplars wird gegenüber dem Erwerber des anderen Exemplars nicht durch den guten Glauben geschützt; denn er kennt das Vorhandensein mehrerer Exemplare (§ 642² HGB.) und muss mit der Möglichkeit einer konkurrierenden Begebung rechnen, falls er nicht den full set empfängt oder doch bei Empfang des einen Exemplars die anderen in der Hand des Abladers sieht. Dies würde man schon nach allgemeinen Grundsätzen (gemäss § 932 BGB.) annehmen müssen, denn gerade für die durch ihre leichte Übertragbarkeit gefährlichen Wertpapiere ist in der Praxis der Satz längst anerkannt[1]), dass der Erwerber nicht als gutgläubig behandelt werden kann, wenn er besondere Veranlassung zur Prüfung der Veräussererlegitimation hatte und diese Prüfung unterliess. Indessen ist dieses allgemeine Prinzip in § 649 HGB. für den besonderen Fall des Verhältnisses mehrerer Konnossementsinhaber zueinander zur ausnahmslosen, positiven Regel der Unerheblichkeit des etwaigen guten Glaubens ausgestaltet worden[2]).

Den Fällen der gleichzeitigen Begebung steht der praktisch wichtigere Fall im Ergebnis gleich, dass sich die Priorität der Begebung nicht feststellen lässt. Daran ändert auch die Be-

[1]) ROHG. 3 S. 384; RG. 6 S. 21, 28 S. 121, 36 S. 121.

[2]) Auch Hellwig S. 508 scheint hier positive Regel, nicht blosse Anwendung des allgemeinen Prinzips anzunehmen.

weislastfrage nichts, denn wenn der Kläger die Priorität seines Konnossementserwerbs nicht nachweisen kann, so wird er nicht mit dem ganzen Klagfundament beweisfällig, sondern nur soweit, als das in der Hand des Gegners befindliche Konnossementsexemplar in der Wirkung mit seinem eigenen Exemplar konkurriert. Erfolgt die Begebung durch verschiedene Vormänner, so entscheidet bei Begebung zu verschiedenen Zeiten die Priorität[1]), bei gleichzeitiger Begebung oder bei Nichtfeststellbarkeit der Priorität gilt auch hier entsprechend Nebeneinanderbestehen der Rechte. Dies alles ergibt sich vom Standpunkt der absoluten Theorie ohne weiteres, weil die Sachenrechtsübertragung hier weder von der Besitzübertragung noch von der Zession bzw. Verschaffung des Herausgabeanspruchs abhängt: denn mehrere Konnossementsinhaber bekommen Mitbesitz, und der Herausgabeanspruch steht ihnen solidarisch zu, aber die Konnossementsbegebung ist als Rechtsübertragungsform von diesen beiden Begleiterscheinungen völlig losgelöst; sie schafft ein selbständiges Legitimationsmittel, ganz ebenso wie im Immobiliarrecht die Grundbucheintragung grundsätzlich ohne Rücksicht auf den Grundstücksbesitz und auf das obligatorische Recht zum Grundstücksbesitz wirkt[2]).

Alles dies wird nun dadurch modifiziert, dass gemäss § 648 HGB. (oben S. 165) der Prävenient durch Aushändigung der Ware jedenfalls das ihm zugesagte Recht an der Ware erhält, auch wenn er nach dem eben dargelegten gar kein Recht oder nur ein hinter bzw. neben andern rangierendes Recht durch seinen Konnossementserwerb erhalten hatte. Diese Wirkung der Prävention war nicht die eigentlich gemeinrechtliche und ist heute insbesondere dem französischen und englischen Recht fremd, die sich mit dem Prioritätsprinzip begnügen[3]). Die Präventionswirkung des § 648 HGB. wurde von

---

[1]) So auch Hellwig S. 511, der aber von seinem Standpunkt aus die Frage als nicht zweifelfrei behandeln muss, vgl. daselbst S. 513 unten.

[2]) Hellwig S. 509 n. 34 hat selbst ähnliche Fälle des Grundbuchrechts angezogen, ohne die Wesensverschiedenheit dieser Fälle von dem übrigen daselbst angeführten zu beachten.

[3]) Vgl. Boyens zu § 649 HGB.

der Hamburger Konferenz nach den Protokollen[1]) nahezu für selbstverständlich gehalten; doch geben die Protokolle keine Auskunft über die Gründe der Aufnahme im einzelnen. Es handelte sich dabei indessen nicht um ein novum[2]). Schon im gemeinen Recht war der Präventionsgedanke vertreten worden[3]), er erscheint auch im preussischen ALR. und war vor allem Hamburgische Praxis. Für die Aufnahme des Prinzips lassen sich eine ganze Reihe Zweckmässigkeitserwägungen anführen. Vor allem werden dadurch vielfach die schwierigen Feststellungen über die Priorität der Begebung von Blankokonnossementen vermieden; ferner wächst die Sicherheit des späteren Erwerbers der Ware, wenn nicht zu befürchten steht, dass die Rechte des Warenempfängers später noch in Frage gezogen werden; die Beteiligten werden durch das Präventionsprinzip zu möglichst schleuniger Anmeldung ihrer Forderungen angetrieben. Auch für die Ausübung des — gerade bei Traditionspapierbegebung besonders praktischen — right of stoppage in trasitu hat das Präventionsprinzip sein Gutes; zwar ist das Verfolgungsrecht — wie man schon in der Hamburger Konferenz[4]) betonte — ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse durchführbar, indessen erleichtert das Präventionsprinzip die Ausübung des Verfolgungsrechts: der Ablader kann durch Begebung der Sekunda zum Zweck der Ausübung des Verfolgungsrechts dem Ausübenden leicht Eigentum verschaffen, während sonst — wenigstens vom Standpunkt der herrschenden obligationenrechtlichen Konstruktion des Verfolgungsrechts[5]) — die Rückübertragung des Eigentums durch den Konkursverwalter zu erfolgen hätte.

Diese Zweckmässigkeitsgründe rechtfertigen hinlänglich die positive Bestimmung des § 648: der Rechtserwerb nach den allgemeinen Prioritätsgrundsätzen vor Aushändigung der Ware

---

[1]) S. 4033, 4130.

[2]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch S. 730 n. 19.

[3]) Vgl. Rentzel, De litteris recognitionis Ludg. Bat. 1754 S. 26, si facto neucleri, alterutri ante litem motam traditae sunt merces, melior conditio est possidentis, dummodo de voluntate domini constet.

[4]) Protokolle. S. 4027.

[5]) E. Jäger, Konkursordnung § 44 anm. 5 ff.

(§ 649 HGB.) ist resolutiv bedingt durch die Prävention eines minder Berechtigten [1]; der letztere erwirbt also suspensiv-bedingt mit der Begebung das volle Recht. Vom Standpunkt der absoluten Theorie bedarf diese positive Bestimmung keiner weiteren Erklärung; denn die absolute Theorie ist nicht darauf angewiesen, für die einzelnen Sätze des Traditionspapierrechts „Analogien" in dem allgemeinen Bürgerlichen Recht zu suchen; sie kann sich ohne weiteres damit abfinden, dass die Legitimationswirkung des Konnossements eigenartig ausgestaltet ist.

Indessen fügt sich vom Grundgedanken der absoluten Theorie aus die Bestimmung auch befriedigend in den Gesamtzusammenhang ein [2]. Wenn nämlich die Legitimationskraft des Konnossements auf seiner Eigenschaft als Präsentationspapier und der dadurch ermöglichten Ausschaltung des Besitzes als Legitimationsmittel beruht, und wenn andererseits dieses Legitimationsmittel infolge des Satzes „Hand wahre Hand" gelegentlich versagt, so ist die Legitimationskraft des Konnossements natürlich dann am höchsten, wenn der Schiffer im Löschungshafen dem Präsentanten des Papiers die gegenwärtige Ware auszuhändigen bereit ist; hier erscheint die letzte Möglichkeit des konträren Rechtserwerbs eines Dritten mittels körperlichen Besitzerwerbs an der Ware als ausgeschlossen. Während bis dahin die einzelnen Konnossementsexemplare an sich als Legitimationsmittel vollständig gleichwertig waren und ihre verschiedene Bedeutung nur durch die Reihenfolge und die Zweckbestimmung bei ihrer Begebung erlangten, ist jetzt das Konnossementsexemplar des Präsentanten an Legitimationskraft den anderen Exemplaren überlegen. Man wird aber als auch sonst vorkommendes Rechtsprinzip anerkennen müssen, dass bei Konkurrenz mehrerer formaler Legitimationsmittel dasjenige vorgeht, welches die höhere Sicherheit bietet: so geht auch in Ansehung der Rechtsübertragungen die Grundbucheintragung der nur privatschriftlichen Zession des Hypothekenbriefs vor (arg. 1155 BGB.).

---

[1] So fasst das Verhältnis auch Boyens zu § 648 HGB. auf.

[2] Das hindert natürlich durchaus nicht, dass sie nach positiver Vorschrift auch fehlen könnte, etwa mit Rücksicht auf das französische und englische System.

Bedarf es aber nicht der von Hellwig[1]) empfohlenen analogen Heranziehung des § 934 BGB. zur Erklärung der Präventionswirkung des § 648 HGB., so ergibt sich die wichtige praktische Folge, dass die Prävention ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Prävenienten wirkt. Hellwig hält das Gegenteil für selbstverständlich und will die Präventionswirkung versagen, nicht nur wenn der Sekundus beim Erwerb des Konnossements wusste, dass vor ihm ein Duplikat an den Primus begeben war, sondern auch wenn der Sekundus zwar beim Erwerb des Konnossements gutgläubig war, aber noch vor Auslieferung des Guts von einer ihm nach § 649 vorgehenden Berechtigung Kenntnis erhielt. Das Gesetz enthält davon kein Wort. Hellwigs Ansicht steht auch im Gegensatz zur sonst vertretenen Meinung[2]) und zum praktischen Bedürfnis des Handels. Folgt man seiner Meinung, so wäre zudem § 648 heute so gut wie überflüssig und würde zu einem sehr merkwürdigen Ergebnis führen. Während nämlich der Gutgläubige durch körperliche Aushändigung der Ware nach dem Satze „Hand wahre Hand“ ohne Konnossement gemäss §§ 932 BGB., 366 HGB. leicht Eigentum erwerben kann, würde er mit einem von mehreren Konnossementsexemplaren in der Hand regelmässig nicht Eigentum erlangen können. Denn wie bereits oben ausgeführt, hat er in solchem Falle meist erhebliche Veranlassung, nach dem Verbleiben der übrigen Konnossementsexemplare zu forschen und ist, wenn er es unterlässt, als bösgläubig zu behandeln. Es kann demgegenüber der Sinn des § 648 HGB. nur der sein, dass gerade ohne Rücksicht auf solche Erkundigungspflicht, also ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben, die Prävention für den Rechtserwerb entscheidet.

2. Hält man die absolute Wirkung der Traditionspapiere fest, so ersetzt die Papierbegebung — wie oben bereits im einzelnen ausgeführt wurde — im vollen Umfange die sonst zum Erwerb von Sachenrechten erforderliche körperliche Übergabe; die sachenrechtliche Einigung wird dadurch natürlich nicht überflüssig, sie bestimmt vielmehr die Bedeutung des Aktes, ins-

---

[1]) Hellwig S. 515 n. 39.

[2]) Vgl. Boyens, Seerecht S. 335, Schaps zu § 648 HGB.

besondere richtet sich nach ihr, ob Eigentum oder Pfandrecht bestellt wird. Die Papierbegebung ersetzt — infolge des Präsentationspapiercharakters der Urkunde — die Besitzübertragung von dem Augenblick der Aushändigung des Papiers nach „Übernahme der Ware“ bis zur Aushändigung der Ware gegen Rückgabe des Papiers. Der Beginn der Wirkung ist durch §§ 424, 450, 647 HGB. in diesem Sinne ausdrücklich festgestellt. Es ist damit einem falschen[1]) Traditionspapier, welches zirkuliert, ohne dass die Waren vom Papieraussteller übernommen waren, ohne dass also die aus dem Papier ersichtliche Verwahrungs- und Aushändigungspflicht des Papierausstellers dem Papierinhaber gegenüber entstanden ist, die dingliche Wirkung entzogen. Diese tritt aber nachträglich ein, wenn die Übernahme später erfolgt[2]). Entsprechend hört die einmal eingetretene Wirkung auf, wenn der Transporteur oder Lagerhalter das Gut an den Papierinhaber aushändigt, ohne das Papier zurückzuerhalten; das Papier wird dann nachträglich zum falschen. Das normale Ende der dinglichen Wirkung ist ganz entsprechend die Aushändigung der Waren an den Papierpräsentanten gegen Rückgabe des Papiers (vgl. § 650 HGB.). Diese Aushändigung erfolgt regelmässig durch den Transporteur bzw. Lagerhalter. Indessen sind die Fälle gleichzustellen, wo die Ware abhanden gekommen ist und auf Grund des Papiers Dritten abgenommen wird oder wo die vom Transporteur bzw. Lagerhalter freiwillig fortgegebene Ware einem bösgläubigen Dritten gegenüber vom Papierinhaber mit Erfolg herausgefordert wird. Ist dagegen der Dritterwerber gutgläubig, so erwirbt er Eigentum bzw. Pfandrecht, und die dingliche Wirkung des Papiers erlischt hier ausnahmsweise, soweit ihr diese gutgläubig erworbenen Rechte entgegenstehen[3]).

[1]) Es handelt sich genauer nicht um falsche Scheine, sondern um Scheine über fingierte Güter, wie Brunner in einem andere Fragen behandelnden gedruckten Gutachten über die skripturrechtliche Bedeutung des Ladescheins S. 1 hervorhebt, das er mir nach meinem Vortrag (o. S. 136 n. 1), dessen Ausdrucksweise ich hier beibehalte, freundlichst zugänglich machte.

[2]) §§ 424, 450, 647 l. c.: „sobald die Güter übernommen“ sind. Bedingt entsteht die Verpflichtung zur Verwahrung und Herausgabe also schon vorher.

[3]) Vgl. oben S. 215.

Im übrigen kann sich der Erwerber eines Traditionspapiers aber darauf verlassen, dass er mit der Begebung das Sachenrecht erwirbt, auf welches die Einigung hinzielt. Der Präsentationspapiercharakter des Papiers schützt ihn unbedingt [1]).

Eine Besonderheit ergibt sich für den Fall mehrerer Konnossemente, insofern in Frage kommt, ob die dingliche Wirkung aller anderen Konnossementsexemplare endet, wenn auf eins die Ware ausgehändigt ist. Dies ist nicht ausnahmslos der Fall. Sofern durch die verschiedenen Exemplare verschieden starke Rechte oder sofern Mitberechtigungen der verschiedenen Konnossementserwerber begründet sind, geht infolge der Prävention eines der verschiedenen Exemplare dieses den übrigen gemäss § 648 HGB. vor. Es bleibt aber trotzdem möglicherweise für die Rechte der anderen noch Raum. Man denke, dass der Prävenient nur ein Pfandrecht in Anspruch nimmt, hinter dem nun ein sonst noch begründetes weiteres Pfandrecht oder das einem anderen Konnossementsinhaber übertragene Eigentum rangiert. Dann können die Inhaber der anderen Exemplare ihre Rechte hinter ihm immer noch geltend machen; sie können ihre Rechte sogar im vollen Umfange geltend machen, wenn etwa sein Recht endet, z. B. wenn er als Pfandgläubiger Befriedigung erlangt oder seine Forderung sonst erlischt. Denn § 648 HGB. bestimmt ausdrücklich, dass die Rechte der anderen Konnossementsinhaber zum Nachteil des Prävenienten nicht geltend gemacht werden können; durchaus nicht werden sie gegenüber Dritten schlechthin unwirksam. Solange diese Rechte der anderen Konnossementsinhaber hiernach noch Bedeutung haben, können sie daher auch noch mittels Konnossements übertragen werden. Die dingliche Wirkung des Konnossements endet hier vollständig also erst mit der Aushändigung [2]) der Ware an den letzten etwa noch in Betracht kommenden Inhaber eines Konnossementsexemplars. Dieser Punkt beweist zugleich durch eine positive Einzel-

---

[1]) Vgl. oben S. 214 ff.

[2]) Der Aushändigung steht natürlich die sonstige erfolgreiche Geltendmachung des Papierrechts, etwa durch erfolgreiche Inanspruchnahme des für den Nachmann verbleibenden Versteigerungserlöses auf Grund des Konnossements, gleich.

bestimmung, dass nach dem HGB. die dingliche Wirkung des Konnossements von der Fortdauer des Besitzes des Schiffers nicht abhängt.

Es mag hier darauf hingewiesen sein, dass die Unabhängigkeit der dinglichen Wirkung von der Besitzfrage und ihre hier angenommene Erstreckung bis zur Aushändigung der Ware (als contrarius actus der Übernahme) grundsätzlich auch der Standpunkt des englischen Rechtes ist. Die englische Praxis [1]) geht davon aus, dass die dingliche Wirkung der bill of lading andauert, „at least so long as complete delivery of the possession of the goods has not been made to some person having a right to claim them under it"; dementsprechend überträgt man durch bill of lading wirksam property, wenn auch die Güter inzwischen in ein Dock verbracht sind [2]) oder wenn der Schiffer „wrongfully deliver de goods to someone not in possession of the bill of lading". Bei Ausstellung mehrerer Konnossementsexemplare ist zwar der Schiffer in der Regel zur Aushändigung der Güter gegen ein einzelnes Exemplar berechtigt, unter den verschiedenen Konnossementsinhabern entscheidet aber, wie bereits erwähnt, lediglich die Priorität der Begebung [3]).

3. Die Zuverlässigkeit der Traditionspapiere im Verkehr würde den höchsten Grad erreichen, wenn der Erwerber des Papiers stets die gleichen Rechte an der Ware erwürbe, die er am Papier erhält, wenn also ein voller Parallelismus zwischen Papier- und Warenerwerb bestände. Bekanntlich hat Goldschmidt [4]) unter Verweisung auf die Bedürfnisse des Grosshandels diesen Parallelismus behauptet, Strohal und K. Adler

[1]) Vgl. Carver, Carriage by sea n. 501 ff. Phillimore, bills of lading bei Renton, Encyclopaedia II S. 124, und die dort angegebenen Entscheidungen.

[2]) Ohne dass ein certificate oder warrant ausgestellt ist, der dann das Konnossement ablöst.

[3]) Brett in Sanders v. Maclean: if that one copy of the bill of lading is the first wich is indorsed, it passes the property, so that no subsequent indorsement of any other of the copies will have any effect upon the property in the goods. Carver, Carriage n. 503.

[4]) Goldschmidt, Handbuch S. 825. Staub zu § 365; vgl. auch Burchard, Lagergeschäft, bei Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. 16 S. 362.

haben diesen Standpunkt von jeher vertreten[1]) und Staub ist für das neue Recht gefolgt. Bekanntlich gelten für den Erwerb der Rektapapiere die allgemeinen Grundsätze über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, dagegen für Inhaber und Orderpapiere, namentlich also auch für die wichtigen Blankoorderpapiere, besondere Grundsätze[2]): auch am gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Papier erwirbt der Gutgläubige das Eigentum und damit die Rechte aus dem Papier; auch das gestohlene Papier eignet sich dementsprechend zur Eigentumsübertragung an der Ware[3]). Führt man den von Goldschmidt geforderten Parallelismus durch, so würde der gutgläubige Erwerber eines an Order oder auf den Inhaber gestellten Traditionspapiers, ebenso wie er am gestohlenen Papier die Rechte erwirbt, auch die Sachenrechte an der gestohlenen Ware erhalten; ferner würde er auch in Ansehung des Sachenrechtserwerbs an der Ware gegen seinen etwaigen Irrtum über die Geschäftsfähigkeit des Veräusserers sowie über die Verfügungsbefugnis auch eines nichtkaufmännischen Veräusserers geschützt sein[4]). Nimmt man den Parallelismus nicht an, so gelangt man in diesen Fällen zu einer Divergenz zwischen Recht an dem Papier und Recht an der Ware: der Papiererwerber erhält wohl das Papier und die obligatorischen Rechte daraus, aber nicht das Eigentum der Ware oder das Pfandrecht daran. Vom Standpunkt der relativen Theorie ist der Parallelismus nicht zu halten, und er ist denn auch von Vertretern der Repräsentationstheorie[5]) wie der streng-relativen Theorie, insbesondere von Hellwig, bekämpft worden. Wer in irgendeiner Weise den Sachenrechtserwerb auf die allgemeinen Grundsätze des BGB.s zurückführt, kann auch für die Frage des

---

[1]) Vgl. Strohal, Sukzession S. 215 n. 70, Dogm. Jahrbücher 38 S. 960. K. Adler, Warrants im Handwörterbuch der Staatswissenschaften S. 665.

[2]) a. 36, 74 WO., § 365 HGB., §§ 935[2], 794 BGB. Vgl. C. Neukirch, Der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen, Marburger Diss. 1904 S. 57 ff. Gegen Cosack § 93 n. 33 Hellwig S. 514.

[3]) Wegen des Besitzübergangs oben S. 149.

[4]) Staub zu § 365 anm. 9 und 10; vgl. Düringer-Hachenburg zu § 365 S. 455; Neukirch l. c. S. 62.

[5]) Vgl. Cosack, Handelsr. S. 430, Boyens S. 330 ff., Schaps zu § 647 S. 508 n. 3.

gutgläubigen Erwerbs gestohlener Ware und in den anderen hierher gehörigen Fällen nicht von diesen Grundsätzen loskommen; wäre der Parallelismus durch eine positive Gesetzesvorschrift angeordnet, so wäre diese Bestimmung zugleich ein weiteres entscheidendes Argument gegen die relativen Theorien [1]).

Mit der absoluten Wirkung der Traditionspapiere ist dagegen der Parallelismus an sich vereinbar. Wenn die Papierbegebung ein selbständiges Rechtsübertragungsmittel ist, das mit den Rechtsübertragungsformen des bürgerlichen Rechts nichts zu tun hat, so ist nicht einzusehen, warum ihr nicht auch besonders starke Wirkungen eingeräumt sein könnten. Diese stärkeren Wirkungen wären nicht nur für den grossen Verkehr erwünscht und insbesondere im Konnossementsverkehr durch die Anpassung der Konnossementswirkung an die Wirkung der Begebung des begleitenden Wechsels angenehm, sondern sie würden sich auch, zumal in Ansehung der gestohlenen Waren, dem Grundgedanken unseres bürgerlichen Eigentumserwerbsrechts leicht einfügen. Wenn dieses nämlich auch im allgemeinen daran festhält, dass die abhanden gekommene Sache vom Eigentümer überall vindiziert werden kann, so hat es dieses Prinzip doch schon — abgesehen von dem Fall des Geldes und der Inhaberpapiere — für den Fall der versteigerten Sache (§ 935 ², vgl. § 1244 BGB.) durchbrochen. Und derselbe Grund, welcher hier massgebend ist, käme auch für den Rechtserwerb mittels Traditionspapiers in Frage. Denn auch hier wird die abhanden gekommene Sache mittels des Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins in den grossen Verkehr, auf den grossen Markt gebracht, dem die Nachprüfung der Herkunft der Ware nicht recht zugemutet werden kann. Derselbe Grundgedanke begegnet schon in den Sätzen des mittelalterlichen Hanseatischen Rechts, wonach die „über See" gekommenen gestohlenen Sachen nicht vindiziert werden können, und in den entsprechenden Privilegien des preussischen Allgemeinen Landrechts und des österreichischen BGB.s für den Erwerb aus der Hand von Kaufleuten [2]), überhaupt in der alten

[1]) Jedenfalls in dem Sinne, dass dann der Einklang mit den bürgerlichrechtlichen Normen nicht bestände.

[2]) Vgl. Stobbe-Lehmann II 1 § 92 n. 24 ff., I 15 ALR. §§ 43, 44, Öst. BGB. § 367.

Begünstigung des Kaufs auf offenem Markt, die aus der alten Publizitätsidee erwachsen[1]), allmählich zu einer Erleichterung der Nachprüfungspflicht im Verkehrsinteresse für gewisse Ausnahmefälle geführt hat.

Indessen ist es doch nicht unbedenklich, den Parallelismus für das geltende Recht ohne weiteres anzunehmen. Der Wortlaut der §§ 424, 450, 647 HGB. vermag dies nicht zu rechtfertigen. Wie schon mehrfach hervorgehoben worden ist[2]), wird dort die Papierübergabe lediglich als Ersatz für die Warenübergabe bezeichnet, während sonst die allgemeinen Regeln des Sachenrechtserwerbs gelten sollen. Und so absurd ist die Divergenz zwischen Papiererwerb und Warenerwerb im Fall der Ablehnung des Parallelismus nicht, dass man aus ihr allein zu einer extensiven Interpretation dieser Bestimmung gelangen könnte. Denn wenn etwa ein Konnossementserwerber an der gestohlenen Ware zwar nicht Eigentum bzw. Pfandrecht, wohl aber das obligatorische Recht auf Aushändigung der Ware erhält, so steht er nicht schlechter — ja wegen des kaufmännischen Retentionsrechts sogar meist besser — als etwa der Zessionar einer Forderung, der das zugehörige Pfandrecht nicht erwirbt, weil die verpfändete, ihm vielleicht bei der Zession übergebene Sache gestohlen war. Und auch der Ausblick auf den internationalen Verkehr hat hier nichts Zwingendes. Denn das englische Recht, das für den Überseeverkehr hier besonders in Betracht kommt, hat den Parallelismus ebenfalls nicht durchgeführt. Obwohl nach englischem Recht die negotiable instruments vom Gutgläubigen auch erworben werden, wenn sie gestohlen sind[3]), hält die Praxis noch heut an dem Grundsatz fest[4]), welchen Lord Loughborough in dem Fall Lickbarrow v. Mason 1787 aufgestellt hat: Possession of a bill of lading connot have greater force then the actual possession of the goods. „Possession of goods is prima facie evidence of title;

---

[1]) Andere Gesichtspunkte eröffnet die Darlegung von Alfred Schultze, Dogm. Jahrb. 49 S. 159 ff., auf die ich bei der Korrektur noch eben hinweisen kann.

[2]) Vgl. Hellwig S. 514; ferner z. B. Neukirch l. c. S. 63.

[3]) Vgl. Simonson, Schmollers Jahrbücher Bd. 9 S. 197.

[4]) Phillimore l. c. S. 122, vgl. Smith, Leading-Cases I[10] S. 691, 692.

but that possession may be precarious as of a deposit; it may be criminal as of a thing stolen; . . . mere possession without a just title gives no property . . . As the indorsement of a bill of lading is an assigment of the goods themselves, it differs essentially from the indorsement of a bill of exchange, wich is the assignment of the debt due to the payee, and wich, by the custom of trade passes the whole interest in the debt so completely that the holder of a bill for a valuable consideration without notice is not affected even by the crime of the person from whom he received the bill".

Es lässt sich nicht verkennen, dass im grossen und ganzen unser neues Recht den Gegensatz zwischen abhanden gekommenem und freiwillig fortgegebenem Gut zumal durch die vollständige Vernichtung des alten Lösungsanspruchs sehr schroff, vielleicht überschroff durchgeführt hat [1]). Man mag dies beklagen. Aber angesichts dieser deutlich hervortretenden Tendenz unseres Rechts ist die Vorsicht der englischen Richter eine Warnung gegen die Einführung des Parallelismus durch blosse extensive Interpretation der §§ 424, 450, 647 HGB. Ganz zweifelfrei ist die Frage freilich durchaus nicht. Gesetzgeberisch wird jedenfalls die Einführung zu erwägen sein, sie ist für den grossen Verkehr sehr wünschenswert. Das bevorstehende Lagerscheingesetz könnte hier leicht eingreifen. Die Bedeutung des Warrants als Bankpapier würde durch den Parallelismus erheblich gestärkt.

VII.

Die dingliche Wirkung der Traditionspapiere gemäss §§ 424, 450, 647 HGB. bezieht sich nur auf Rechte an Sachen und nur auf den Erwerb solcher Rechte durch Übergabe. Sie bezieht sich daher insbesondere nicht auf den Erwerb durch Okkupation und Ersitzung; soweit hier Besitzerwerb für die Entstehung des Rechts in Frage kommt, genügt der Papiererwerb nur dann, wenn er nach dem oben Dargelegten den Besitzerwerb mit sich bringt. Andererseits ersetzt die Übergabe des Papiers die Besitzübergabe nicht mehr — wie nach dem alten Handelsgesetzbuch — für den Erwerb aller von der Über-

[1]) Vgl. Cosack, Bürgerl. Recht Bd. II S. 173.

gabe der Güter abhängigen Rechte: daher erfüllt der Verkäufer durch Konnossementsbegebung zwar seine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, aber nicht seine Verbindlichkeit zur Sachübergabe, wenn er in concreto nicht den mittelbaren Besitz durch die Papierbegebung mit überträgt [1]). Nach dem Übergang des mittelbaren Besitzes richtet sich der Gefahrübergang beim Kauf [2]). Auch ist der Traditionspapierinhaber durchaus nicht ohne weiteres für die Eigentumsklage passiv legitimiert [3]). In allen diesen Beziehungen kommt das oben (Nr. II) über den Besitzerwerb durch Traditionspapiere Ausgeführte zur praktischen Anwendung [4]).

Während diese Punkte im einzelnen hier nicht verfolgt zu werden brauchen, bedarf es noch eines kurzen Blicks auf die handelsrechtlich-gesetzlichen Pfandrechte und das kaufmännische Retentionsrecht. Diese Rechte gehören zu der Klasse der Rechte an Sachen im Sinne des BGB.s und des HGB.s. Für die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers ist dies zweifellos (vgl. auch § 1257 BGB.); für das kaufmännische Retentionsrecht wird es dagegen bekanntlich nach dem Vorgange der Denkschrift vielfach abgelehnt; doch ist das kaufmännische Retentionsrecht den sonstigen „Rechten an Sachen" wesensgleich, es gewährt eine unmittelbare Herrschaft über die Sache, namentlich Besitz- und eventuelles Verkaufsrecht, und eine Beschränkung der Wirkung gegenüber Dritten (§ 369 [2] HGB.) kommt auch sonst bei Sachenrechten vor. Man wird es daher nicht nur zu dem

[1]) Vgl. dazu Entscheidung RG. 16 S. 3 ff., die auch für das heutige Recht Bedeutung behalten hat.

[2]) §§ 440, 480 BGB. Ein Beispiel bietet der Fall RG. 52 S. 354.

[3]) Vgl. dazu schon Pappenheim, Transportgeschäft S. 68.

[4]) Es kommt auch zur Anwendung, soweit für Konnossement, Ladeschein und Lagerschein die spezifische dingliche Wirkung ausgeschlossen ist (vgl. oben S. 160), insbesondere für Orderlagerscheine der zur Ausstellung solcher Scheine nicht staatlich ermächtigten Anstalten. Ein Beispiel bieten z. B. die Lagerscheine der Berliner „Viktoria, Speicher-Aktiengesellschaft". Deren Bedingungen enthalten die Bemerkung: „Der Lagerschein lautet an die Order des Einlagerers (N. N. oder Order) und ist durch Indossament übertragbar".

dinglichen, sondern auch zu den „die Sache belastenden“ Rechten, den Rechten „an der Sache“ zu rechnen haben [1]).

Die genannten gesetzlichen Pfandrechte und das kaufmännische Retentionsrecht würde hiernach unter §§ 424, 450, 647 HGB. fallen, und mittels einfacher Papierbegebung würde ihre Begründung erfolgen können. Indessen scheint die Fassung der §§ 369, 397, 410, 421, 440 [2] HGB. (oben S. 143 f.) dagegen zu sprechen; sie gebrauchen sämtlich im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch die Wendung, dass das Recht an der Ware für den Berechtigten andauert „sofern er sie noch im Besitz hat insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann“. Danach könnte es scheinen, als werde hier für Erwerb und Fortdauer von Rechten an Sachen der Besitz mittels Traditionspapiers gefordert, und es könnte vielleicht hier sogar eine Stütze für die relative Theorie gesucht werden.

Indessen lässt sich m. E. aus den genannten Bestimmungen nicht herauslesen, dass für die gesetzlichen Pfandrechte und das Retentionsrecht die Besitzübertragung mittels Traditionspapiers erforderlich ist. Denn gegenüber dem Worte „insbesondere“ muss man das Wort „verfügen“ betonen und darauf hinweisen, dass nach §§ 424, 450, 647 HGB. jedenfalls eine „Verfügung mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins“ auch ohne Besitzübertragung möglich ist. Dies müssen wegen der Vindikationszession auch die relativen Theorien anerkennen, und zwar die streng-relative in weitestem Umfange. Die Repräsentationstheorie verwendet zwar grundsätzlich die Vindikationszession nicht, kann sie aber, wie gezeigt [2]), in gewissen Ausnahmefällen nicht ausschliessen, derart, dass auf Grund besonderer dahingehender Willenseinigung der Parteien die Verfügung mittels des Papiers durch das Hinzukommen der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs auch dem Nichtbesitzer möglich wird. Dies „Verfügenkönnen mittels Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins“ ist heut — welcher der drei Meinungen man auch folgt — keinesfalls mehr ein ein-

---

[1]) Vgl. auch Makower zu § 369 und § 366 HGB. und dort angegebene Literatur und Judikatur.

[2]) Oben S. 167 ff.

facher Unterfall des „noch im Besitz habens". Damit entfällt die Bedeutung der blossen Wortdeduktion. Es ist mit „insbesondere" ein Fall eingeführt, welcher zwar regelmässig, aber nicht immer, sich als Unterfall darstellt, und gerade daraus rechtfertigt sich seine besondere Hervorhebung im Gesetz. Man muss daher das Befriedigungsrecht dem Pfand- und Retentionsberechtigten auch zugestehen, wenn er, obwohl legitimierter Inhaber eines Traditionspapiers, den mittelbaren Besitz — zumal infolge Entfernung der Ware aus dem Besitz des Transporteurs oder Lagerhalters — entbehrt[1]. Doch hat er in diesem Fall nicht das in § 805 ZPO. gewährte Widerspruchsrecht gegen eine etwaige Pfändung der Ware seitens eines Dritten, da dieses den Besitz grundsätzlich voraussetzt[2]; vielmehr hat er nur — wie sonst solche Pfandberechtigte, deren Pfandrecht durch den Besitzverlust nicht verloren geht[3] — die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös, und zwar ohne Rücksicht auf Fälligkeit seiner gesicherten Forderung.

Will man aber nicht soweit gehen und an die Worte geklammert, das gesetzliche Pfand- und Retentionsrecht nur insoweit entstehen und bestehen lassen, als der Papierinhaber durch das Papier den mittelbaren Besitz hat, so könnte man daraus noch lange keine Waffe für die Repräsentationstheorie[4] in Ansehung des Erwerbs von Eigentum und Konventionalpfand schmieden.

Denn wenn auch wirklich die Fortdauer des gesetzlichen Pfand- und Retentionsrechts von der Fortdauer des Besitzes, ihr Erwerb also vom Besitzerwerb abhängig wäre, so gälte das gleiche noch nicht für Eigentum und Konventionalpfand. Der Besitz spielt in beiden Fällen eine ganz verschiedene Rolle. Für den Erwerb von Eigentum und Konventionalpfand ist er

[1]) Für die praktische Bedeutung der Frage ist zu beachten, dass bei der Wiedererlangung des Besitzes das Pfand- und Retentionsrecht wieder entsteht (vgl. z. B. Makower zu § 369 IV e 1). Vgl. aber auch RG. 44 S. 120.

[2]) Und zwar genügt nach feststehender Praxis mittelbarer durch Traditionspapier geübter Besitz; RG. 9 S. 427, Protokolle II. Lesung zum BGB. Bd. 6 S. 716; vgl. Kommentare zu § 805 ZPO.

[3]) Z. B. der Konventionalpfandgläubiger nach § 1253, der gesetzlich Pfandberechtigte gemäss § 440[3] und § 751 HGB.

[4]) Nur die Repräsentionstheorie käme überhaupt in Frage, für die streng-relative Theorie ist das Argument von vornherein ausgeschlossen.

Publizitätsform, seine Fortdauer ist grundsätzlich für den Fortbestand des Rechts nicht erforderlich, und wo die Fortdauer ausnahmsweise gefordert wird, kann man mit Goldschmidt sagen, dass „der Besitz um der von den Parteien bezweckten Sicherung willen" besteht. Dagegen ist bei den gesetzlichen Pfandrechten und beim Retentionsrecht die „Sicherheit eine Folge des Besitzes", der Besitz beruht auf einer „durchaus selbständigen Intention der Parteien", und mit dem Besitz steht und fällt daher die Sicherheit[1]). Darum ist für die handelsrechtlichen Fälle der gesetzlichen Sicherungsrechte vom Gesetz im allgemeinen nicht nur für die Entstehung, sondern auch für den Fortbestand der Rechte der Besitz ausdrücklich gefordert, und es liesse sich von diesem Standpunkt verstehen, wenn man auch das durch Konnossement, Ladeschein und Lagerschein geübte derartige Sicherungsrecht an den durch das Papier gegebenen Besitz gebunden hätte, zumal in diesen Fällen (man denke z. B. an das Pfandrecht des Kommissionärs) die Papierbegebung nicht zum Zwecke der Begründung des Pfand- bzw. Retentionsrechts, sondern zu anderen Zwecken erfolgt. Dass das Eigentum und Konventionalpfand dann anders als das gesetzliche Pfand- und Retentionsrecht behandelt würden, täte um so weniger zur Sache, als das Gesetz jetzt ja in anderer Beziehung durch die Veränderung des Passus „die von der Übergabe abhängigen Rechte" in die Worte „von Rechten an dem Gute" ohnehin eine verschiedenartige Behandlung der einzelnen Rechte absichtlich statuiert hat. Erwägt man ferner, dass die Verfasser des neuen Handelsgesetzbuches das handelsrechtliche Retentionsrecht nicht für ein Recht „am Gute" gehalten haben, so wäre von diesem Standpunkt eine gleichmässige Behandlung des gesetzlichen Pfandrechts und dieses Retentionsrechts durch Zurückführung beider auf den durch das Traditionspapier gegebenen Besitz herbeigeführt; und auch wenn man, wie wir, das handelsrechtliche Retentionsrecht als ein Recht „am Gute" ansieht, bliebe noch der Vorteil einer gleichen Behandlung der handelsrechtlichen gesetzlichen Sicherungsrechte mit dem Zurückbehaltungsrechte des § 273 BGB., welches sicher nicht zu den „Rechten an Sachen" gehört.

[1]) Goldschmidt, Handbuch S. 1020.

Die Folge dieser Auffassung wäre, dass der besitzlose Papierinhaber, für den die Voraussetzungen des gesetzlichen Pfandrechts vorliegen, auch nicht einmal die Klage auf Befriedigung aus dem Erlöse (gemäss § 805 ZPO.) gegenüber der Pfändung eines Dritten hat! Eine Nötigung zu alledem liegt aber nicht vor. Denn es gibt auch sonst gesetzliche Pfandrechte ohne fortdauernden Besitz des Berechtigten [1]) und sogar einen anderen Ausnahmefall gerade des gesetzlichen Frachtführerpfandes zugunsten einer besitzlosen Person [2]). Dabei ist durch den Präsentionscharakter des Papiers eine durchgreifende Beziehung zur Sache „auf Grund selbständiger Intention der Parteien" hergestellt und dem Pfandgläubiger sogar eine stärkere Position gegeben, wie etwa durch die „Einbringung" der Sachen dem Vermieter, Verpächter und Gastwirt, oder wie etwa gar durch den „Besitz des Empfängers" nach der Ablieferung dem Frachtführer. Zweck und Zusammenhang des Gesetzes sprechen gegen den Besitzgedanken auch beim gesetzlichen Pfand- und Retentionsrecht; sie legen sogar eher die Erwägung nahe, ob man nicht auch dem besitzlosen Sicherungsberechtigten durch ausdehnende Interpretation des § 805 ZPO. den Widerspruch gegen die Pfändung seitens eines Dritten geben soll.

Man wird also die Formel der §§ 369, 397, 410, 421, 440² HGB., die hiernach höchstens Bedeutung für die Behandlung des gesetzlichen Pfand- und Retentionsrechtes hat, am besten als einen in bewusster oder unbewusster Anlehnung an Goldschmidts ehemalige Detentionstheorie begangenen Schönheitsfehler betrachten müssen, eine Auffassung, der Pappenheim [3]) schon vor der endgültigen Annahme des Entwurfs deutlichen und unwidersprochenen Ausdruck gegeben hat.

Zum Schluss mag noch daran erinnert werden [4]), dass für das Verfolgungsrecht des Verkäufers und Einkaufskommissionärs nach § 44 KO., (dessen wichtigster Anwendungsfall aus der Übereignungsmöglichkeit während des Transports mittels Tra-

---

[1]) Vgl. §§ 561, 581, 704 BGB., 440, 623, 725, 751 HGB., zusammengestellt bei Gaupp-Stein zu § 805 ZPO., Martin Wolff, Dogm. Jahrb. Bd. 44 S. 204.

[2]) § 440³ HGB. [3]) Das Transportgeschäft S. 68.

[4]) Vgl. auch Brunner in der 380. Sitzung der jurist. Gesellschaft l. c.

ditionspapiers sich ergibt,) die Ware nicht schon dann in „Gewahrsam" des Gemeinschuldners kommt, wenn er mittels des Traditionspapiers den mittelbaren Besitz daran erwirbt. Vielmehr entsteht dieser Gewahrsam nach der Praxis des Reichsgerichts und zutreffender allgemeiner Meinung [1]) erst durch die Erlangung der „tatsächlichen Innehabung" am Ort der Ablieferung [2]). Entscheidend wird dabei sein, dass der Gemeinschuldner oder „eine andere Person für ihn" den unmittelbaren Besitz vom Transporteur erlangt, derart, dass dieser den Besitz aufgibt. Die „andere Person" kann dabei als Besitzdiener oder als Besitzmittler gegenüber dem Gemeinschuldner fungieren. Wird die Ware vom Transporteur zunächst dem Lagerhaus übergeben, so entscheidet der Zeitpunkt, in welchem gegen Auslieferung des Konnossements dem Gemeinschuldner der Lagerschein ausgehändigt wird.

Wir dürfen, wie erwähnt, in nicht allzu ferner Zeit ein Lagerhausgesetz auf Grundlage des Zweischeinsystems erwarten. Schon die Ausführungen über mehrfache Konnossemente zeigen, dass das Zweischeinsystem für die relative Theorie grosse Schwierigkeiten birgt, und die wiederholt erwähnte Schrift v. Kostaneckis, welche in der Hauptsache das Zweischeinsystem, zumal des österreichischen und englischen Rechts ins Auge fasst, beweist sogar, dass sich diese Schwierigkeiten vom Standpunkt der Detentionslehre und entsprechend vom Standpunkt der relativen Theorien nicht überwinden lassen. Kostanecki gelangt dementsprechend zu der Annahme, dass mit der ersten Indossierung des Warrant Eigentum und Besitz sich trennen: der Pfandgläubiger hat mittels seines Lagerpfandscheins („eigentlich Lagerbesitzscheins") den Besitz, der Eigentümer mittels des sog. Lagerbesitzscheins („eigentlich Eigentumsscheins") besitzloses Eigentum [3]). Es soll hier nicht

[1]) RG. Bd. 8 S. 86. E. Jäger, Konkursordnung, zu § 44, Sarwey-Bossert, Konkursordnung, zu § 44 n. 8, Schaps zu § 647 HGB. anm. 12, Lothar Seuffert zu § 808 ZPO., Gaupp-Stein zu § 808 ZPO.

[2]) Entsprechend für die „Annahme" des § 436 HGB. Kammergericht bei Mugdan-Falkmann 6 S. 79, „Ablieferung" Kammergericht das. 8 S. 390.

[3]) v. Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier S. 168.

über die Berechtigung dieser Auffassung für das österreichische und ausserdeutsche Recht geurteilt werden. Soviel ist sicher, dass diese Gestaltung ohne positive Änderung unserer Besitzrechtsnormen bei Einführung des Zweischeinsystems im Reich nicht eintreten würde. Vielmehr wäre hier sowohl der Inhaber des Eigentumsscheins wie der des Pfandscheins Besitzer, der erstere Ober-, der zweite Unterbesitzer, beide im mittelbaren Besitz. Dadurch ergeben sich neue Komplikationen für die relativen Theorien.

Man darf wünschen, dass das kommende Gesetz — falls es nicht einzelne Konsequenzen der absoluten Wirkung ausdrücklich sanktioniert — wenigstens nicht Wendungen aufnimmt, welche die relative Theorie zu stützen scheinen. Denn wie man auch zu dieser oder jener Einzelfrage sich stellen mag, niemand kann leugnen, dass die absolute Wirkung die einfachste, schärfste Ausgestaltung des Traditionspapiers darstellt. Die Repräsentationstheorie kommt günstigstenfalls auf höchst mühevollem Wege zu einem ähnlichen Ergebnis wie die absolute Lehre, bleibt indessen im einzelnen unübersichtlich und kompliziert. Durch die streng-relative Lehre Hellwig-Makowers aber wird ein blühendes handelsrechtliches Institut seiner Selbständigkeit beraubt und zugunsten einiger neuausgedachter Paragraphen des BGB. erstickt. Wie fern hatten Goldschmidt, dem Begründer der Detentionstheorie, solche Ergebnisse gelegen! Seine Lehre sollte den Handel befreien und fördern; sie hat ihren Zweck erfüllt, und wir können heute ruhig über sie hinausschreiten. Mit der absoluten Wirkung kommt ein Rechtsgedanke zur unbehinderten Geltung, welcher sich vom Boden des romanisch-germanischen Urkundenwesens des Mittelalters aus die Welt erobert hat.

Der Wunsch, dass dieser Gedanke erhalten bleibe, mag nicht unziemend am Schlusse dieses Festgrusses für den dankbar und hoch verehrten Mann stehen, der mir vor Jahren die Rechtswelt des germanischen Mittelalters erschloss und mich durch Wort und Wesen mit Begeisterung für unser nationales Recht und unseren nationalen Staat erfüllte.

Die Pflicht

zur

Berufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft

von

Ernst Jacobi

Die handelsrechtliche Abteilung des deutschen Juristentages zu Innsbruck von 1904 erhob den Antrag Riesser zum Beschluss: „Die Einberufung der Generalversammlung (GV.) gehört zu den in erster Linie dem Vorstande der Aktiengesellschaft obliegenden Handlungen der Geschäftsführung. Demgemäss hat, wie über alle anderen Fragen der Geschäftsführung, so auch über die Frage, ob und wann über die Einberufung einer GV. „im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist", der Vorstand (und eventuell der Aufsichtsrat) nach seinem pflichtmässigen Ermessen im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes je nach Lage des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung aller Interessen der Gesellschaft zu entscheiden". Damit ist aber die Frage keineswegs erledigt. Die beiden Berichterstatter des Juristentages, Rehm und Lehmann, haben ihre vom Riesserschen Standpunkt abweichenden Gutachten nachträglich eingehend begründet. Ausserdem ist die Fassung, die Riesser seinem Antrage und der Juristentag seinem Spruche gegeben hat, so weit, dass damit den unter sich sehr verschiedenartigen anderen Ansichten weder ein klares Ja! noch ein klares Nein! gegenübergestellt ist. Hier soll versucht werden, zu einem festeren Ergebnisse zu gelangen.

Nach dem Gesetz ist die GV. zu berufen 1) zur Beschlussfassung über die Genehmigung der Jahresbilanz (§ 260 HGB.), 2) wenn der bilanzmässige Verlust die Hälfte des Grundkapitals erreicht (§ 240 HGB.), 3) wenn Aktionäre, deren Anteile zusammen den 20. Teil des Grundkapitals erreichen, die Berufung schriftlich unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangen (§ 254 HGB.). Selbstverständlich muss der Vorstand die GV. ferner immer berufen, wenn er eine Handlung vornehmen will,

zu der er der Zustimmung der GV. bedarf [1]), sei es, dass sonst die Handlungen des Vorstandes überhaupt null und nichtig wären — z. B. die Ausführungshandlungen behufs Herabsetzung des Grundkapitals (§§ 274, 288 HGB.) — sei es, dass sie zwar auch ohne Zustimmung der GV. wirksam sind, aber nicht ohne Zustimmung vorgenommen werden sollen (§ 235 HGB.). — Endlich soll aber der Vorstand nach § 253 — und in dieser Bestimmung liegt allein die Schwierigkeit der Frage — die GV. berufen, „wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert".

Diese Bestimmung bot bis vor kurzem keine Schwierigkeit. Aus der Praxis des Reichsgerichts sind bis zum Mai 1902 nur zwei hierher gehörige Entscheidungen bekannt geworden. Die eine [2]) sagt mit Recht, dass die Pflicht zur Berufung nur im Interesse der Gesellschaft, nicht auch der Gesellschaftsgläubiger bestehe. Auch die andere [3]), durch welche Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats wegen Unterlassung der Berufung auf Klage der Gesellschaft zu Schadensersatz verurteilt worden sind, ist selbst nirgends angegriffen worden. In dem damals entschiedenen Falle hatte der Vorstand unter Genehmigung des Aufsichtsrats eine Grubenbahn, die die Gesellschaft bei der Gründung für 300000 M. übernommen hatte, dem Fiskus unentgeltlich veräussert, um dadurch zu verhüten, dass der Staat sonst eine Bahn anlegte, die die Grube umginge. Hier war man sich wohl darüber einig, dass die unentgeltliche Veräusserung der Bahn nicht ohne Genehmigung der GV. hätte erfolgen dürfen. Dagegen erhob sich ein Sturm gegen die Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. Mai 1902 [4]). Der Fall lag nicht minder krass als der eben erwähnte: die klagende Aktiengesellschaft war zum Zwecke der Zuckerfabrikation gegründet. Der Vorstand beschloss mit Genehmigung des Aufsichtsrats Einführung eines neuen Verfahrens zur Melasseentzuckerung nach dem für einen Dr. Wohl patentierten Verfahren auf dem

[1]) Vgl. Staub, Gutachten zum 27. deutsch. Juristentag 1904 S. 85.

[2]) Entsch. Bd. 36 S. 29. [3]) Entsch. Bd. 35 S. 87.

[4]) Abgedruckt im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 726 und in Holdheims Monatsschrift Bd. 12 S. 197 ff.

trockenen Wege. Er kaufte hierzu Maschinen — zu welchem Preise ist nicht ersichtlich —, und errichtete Baulichkeiten für 35600 M. Das Verfahren war aber nicht ausführbar. Nunmehr beschloss der Vorstand unter Billigung des Aufsichtsrats die Entzuckerung nach dem zweiten für Dr. Wohl patentierten Verfahren auf dem nassen Wege, das Dr. Wohl selbst praktisch noch nicht erprobt hatte. Hierzu waren Neubauten, die ungefähr 48000 M. kosteten, und Ergänzungsapparate notwendig. Auch dies Verfahren führte zu keinem Ergebnis. Weitere Versuche wurden jetzt aufgegeben. — Das Unternehmen hätte, wenn es durchgeführt worden wäre, nach der Feststellung des Berufungsgerichts zu einer völligen Umwälzung des Betriebes führen müssen. Die Gesamtkosten für die Maschinen ohne die Neubauten haben weit über 100000 M., die Baulichkeiten über 85000 M., die Kosten für die Montage und für den Versuch des Betriebes über 14000 M. betragen.

Die GV. ist niemals zur Genehmigung aufgefordert worden, obgleich das Statut bestimmte, dass sie in dringenden Fällen, insbesondere dann zu berufen sei, wenn Beschlüsse zu fassen seien über Neubauten oder sonstige Anlagen über 25000 M.

Die Angriffe in der Literatur gegen die Entscheidung des Reichsgerichts richten sich bei dieser Sachlage nicht gegen die Entscheidung selbst, sondern gegen ihre Gründe. In Übereinstimmung mit dem Berufungsrichter hat nämlich das Reichsgericht die Pflicht des Vorstandes zur Berufung der GV. nicht aus den angezogenen Bestimmungen der Statuten, sondern aus § 253 HGB. hergeleitet und dabei den Satz ausgesprochen, „dass hiernach Vorstand und Aufsichtsrat verpflichtet seien, sich vor Einlassung auf wichtige, kostspielige, riskante und deshalb das Interesse der Aktionäre in besonderem Masse berührende Unternehmungen der Einwilligung der GV. zu versichern". — Der Grund, aus dem die Gerichte sich nicht einfach mit der Bestimmung der Statuten deckten, liegt auf der Hand[1]. Die Beklagten hatten unter anderem geltend gemacht, sie könnten höchstens bezüglich des Schadens, der 25000 M. übersteige, haftbar gemacht werden, da sie nach dem Statute nur für Neu-

[1]) Vgl. auch A. Endemann bei Holdheim Bd. 12 S. 201.

anlagen über 25000 M. der Genehmigung der GV. bedürften. Die Gerichte schlossen: da die Pflicht aus § 253 HGB. hervorgehe, so fiele dieser Einwand von selbst. Dieser Umweg war nicht notwendig. Denn wenn die Neuanlagen 25010 M. gekostet hätten, so wäre die Genehmigung nicht wegen der 10 Mark notwendig, die die 25000 übersteigen, sondern wegen der ganzen Summe von 25010 M. Durch Verweigerung der Genehmigung würden daher der Gesellschaft 25010 M. gespart worden sein. Der Umweg, den das Reichsgericht genommen, ist aber auch genau so unbequem wie der Weg, der sich von selbst durch die Statuten geboten hätte. Denn wäre die Auffassung der Beklagten richtig, dass sie bei Statutenverletzung nur für den Schaden über 25000 M. hafteten, so müsste auch bei Gesetzesverletzung der Schaden ausser Betracht bleiben, der auch eingetreten wäre, insoweit das Unternehmen noch nicht kostspielig, riskant oder wichtig gewesen wäre.

Aber auch wenn das Reichsgericht nur auf Grund des § 253 HGB. eine Pflicht zur Einberufung der GV. angenommen hätte, würde es kaum getadelt worden sein, sofern es nicht den Satz aufgestellt hätte: Einlassung in kostspielige, riskante und wichtige Unternehmungen verpflichteten zur Einberufung der GV. Hierin geht es zu weit. Sollte jedes dieser Merkmale für sich zur Berufungspflicht genügen, dann „müsste sich die GV. in Permanenz erklären“ [1]), und auch wenn alle drei Erfordernisse zusammen kommen müssten [2]), könnte die Verwaltung der Gesellschaft völlig gelähmt werden, da bei den grösseren Aktiengesellschaften wichtige, riskante und kostspielige Unternehmungen an der Tagesordnung sind, zumal dem einen Erfordernis der Wichtigkeit eine besondere Funktion neben den beiden anderen kaum zukommen wird: Riskante und kostspielige Geschäfte werden immer wichtig für die Gesellschaft sein. Mit Recht verwahrt Staub [3]) die Direktoren der Aktiengesellschaft vor der Zumutung, dass sie wie Bureaukraten bei jedem Risiko,

---

[1]) Lehmann, Gutachten für den 27. deutsch. Juristentag 1904 S. 70.

[2]) Das ist wohl gemeint. Denn sonst könnte nach Ansicht des RG. eine GV. nötig sein zu einem wichtigen aber billigen und risikolosen Unternehmen.

[3]) Staub, Gutachten S. 83/84.

das kostspielig ist, erst das vorgesetzte Organ befragen müssten [1]). Aber trotzdem hat das Reichsgericht kaum soviel Vorwurf verdient, wie ihm zuteil geworden. Schon Adolf Endemann [2]) hat hervorgehoben, das Reichsgericht habe ein Unternehmen im Auge gehabt, das aus dem Rahmen des bisherigen Betriebes ganz herausfalle, oder die kaufmännischen und technischen Grundlagen der Gesellschaft ändere. Gewiss wohl ist, dass das Reichsgericht den vorliegenden Fall auch auf der Grundlage des HGB. richtig entschieden hat, und dass eine GV. zu berufen ist, wenn das ins Auge gefasste Unternehmen so wichtig, riskant und kostspielig war, wie in dem entschiedenen Falle. Es fragt sich aber, welche allgemeine Regel hierfür aufzustellen ist.

Um eine solche zu gewinnen, hat man sich auf die Vorschrift des § 665 des BGB. gestützt. Auf diese Vorschrift verweise § 27 Abs. 3 BGB., § 27 komme aber zur Anwendung, da die Aktiengesellschaft ein Verein sei [3]).

Von diesen Thesen bedarf keines Nachweises die, dass die Aktiengesellschaft eine Korporation ist.

Dass auf Aktiengesellschaften ergänzungsweise die §§ 23 ff. des BGB. Anwendung fänden, schliesst Simon [4]) insbesondere aus § 22 [5]) BGB. Dieser Grund ist allein kaum überzeugend. Mag auch das BGB. gerade an Aktiengesellschaften gedacht haben, wenn es bestimmte: Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsrechtlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung [6]) — so kann doch daraus, dass hier die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BGB. über den Erwerb der Rechtsfähigkeit ausgeschlossen ist, nicht die Anwendbarkeit der anderen Bestimmungen grundsätzlich ohne weiteres geschlossen werden.

---

[1]) Vgl. statt aller andern die schlagenden Beweise Endemanns bei Holdheim Bd. 12 S. 201 ff.

[2]) Bei Holdheim Bd. 12 S. 201.

[3]) Lehmann, Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 962 ff., und Gutachten zum deutsch. Juristentag 1904 S. 57 ff.

[4]) In der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 49 S. 1 ff.

[5]) Daselbst S. 5, 6. [6]) So Simon a. a. O.

Doch wenn die Aktiengesellschaft ein Verein ist, so wäre eine abweichende gesetzliche Behandlung von den übrigen Vereinen des bürgerlichen Rechts nur gerechtfertigt, die sich aus den besonderen gesetzlich anerkannten Zwecken (der „Natur") der Aktiengesellschaft ergibt. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, kann dann auch § 22 BGB. zur Beweisführung herangezogen werden. Hiernach kommt in Frage, ob nach der besonderen gesetzlichen Regelung über Aktiengesellschaften die Anwendbarkeit von § 27 Abs. 3 BGB. auf solche Gesellschaften ausgeschlossen ist. Nach diesem sollen auf die Geschäftsführung des Vorstandes die auf den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 BGB. entsprechende Anwendung finden. Simon[1]) verneint die Frage, wie aus der Unanwendbarkeit des § 664 BGB. hervorgehe. Denn der Vorstand der Aktiengesellschaft könne ohne Zweifel Unterbevollmächtigte bestellen, und hafte dann nicht für deren Verschulden nach § 278 BGB. Doch enthält § 27 Abs. 3 nicht eine einzige, sondern viele Normen für das Vereinsrecht, und bezüglich jeder ist zu prüfen, ob sie für die Aktiengesellschaft anwendbar ist oder nicht. Aus der angeblichen Unanwendbarkeit von § 664 folgt nicht das gleiche von § 665. Es fragt sich also, ob bei Aktiengesellschaften besondere Gründe vorliegen, dass der Vorstand die ihm gegebenen Weisungen der GV. nicht zu befolgen brauche. Diese Frage betrachtet denn Simon auch in der deutschen Juristenzeitung[2]) und kommt zu ihrer Verneinung. Doch sind seine Gründe nicht überzeugend: Simon meint, GV. und Vorstand seien koordiniert, da beide ihre Rechte aus dem Statut herleiteten, beide an einem Tage geboren wären. Wie wenn nicht der eine mehr, der andere weniger Rechte aus dem einen Statut herleiten könnte, wie wenn nicht bei jedem Verein der Vorstand wie die Mitgliederversammlung ihre Rechte aus dem Statut herleiteten! — Simon meint ferner, die GV. würde im Zweifel schlechtere Beschlüsse fassen als die Vorsteher. Diese seien verantwortlich, die Aktionäre nicht; diese seien regelmässig sachkundig, jene nicht; solange nur die Vorsteher die

[1]) Zeitschr. f. HR. Bd. 49 S. 10—12.

[2]) Bd. 9 (1904) S. 778 ff.

Beschlüsse kennten, könnten sie geheim bleiben, nach der GV. sei die Geheimhaltung ausgeschlossen, diese sei aber in den allermeisten Fällen der wichtigen Geschäfte nötig. — Ganz ähnlich ist die Beweisführung Rehms[1]), der noch hinzufügt, der Aktionär wolle auch gar nicht verwalten. Er wisse, dass er seine Einlage riskiere, wenn der Vorstand schlecht oder unglücklich verwalte, und damit sei er zufrieden. Der Hauptzweck der GV. sei Feststellung der Jahresbilanz. Ich halte diese Beweisführung für verfehlt. Ich stehe zwar auch auf dem von Rehm verteidigten Standpunkte, vom Gesetz sei anzunehmen, dass es das Zweckmässige gewollt habe. Bei unerwünschtem Ergebnis ist regelmässig nicht das Gesetz, sondern der Ausleger zu tadeln. Aber wenn feststeht, dass das Gesetz das ignoriert, was der Ausleger für zweckmässig hält, so kommt es nicht in Betracht. So liegt aber der Fall hier. Simon und Rehm beweisen zuviel. Was sie sagen, spricht gegen jede GV. In den allerwichtigsten und schwierigsten Lagen soll die GV. über das Schicksal der Aktiengesellschaft Beschluss fassen. Ihre Fähigkeit oder Unfähigkeit, geeignete Beschlüsse zu fassen, kommt gar nicht in Betracht. Hiermit ist an sich noch nicht gesagt, worüber sie Beschluss fassen muss, ob ihr auch die Sachen zur Beschlussfassung vorgelegt werden müssen, die geheim zu halten sind, oder die, über die sie gar nicht beschliessen will. Aber diese Frage hat mit jener anderen nichts zu tun, ob sie ein dem Vorstande übergeordnetes Organ ist. Sie ist es; denn was sie beschliesst, das hat der Vorstand zu befolgen.

Rehm[2]) führt für seine Ansicht allerdings Parallelen zwischen offener Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Aktiengesellschaft an, die auf den ersten Blick etwas recht Bestechendes haben. Er sagt, die offene Handelsgesellschaft sei am meisten auf persönlichen Beziehungen der Gesellschafter zueinander gegründet, daher besitze das Mitglied hier ein grundsätzliches Zustimmungsrecht bei allen aussergewöhnlichen Handlungen (§ 116 HGB.), das Verhältnis des Kommanditisten zur

[1]) In Holdheims Monatsschrift Bd. 13 (1904) S. 240 ff.

[2]) Bei Holdheim 13 S. 242.

Kommanditgesellschaft sei schon weniger enge, deshalb stehe dem Kommanditisten bei derartigen Massnahmen im Zweifel lediglich ein Einspruchsrecht zu (§ 164 HGB.), die Mitgliedsstellung des Aktionärs sei eine ganz lose, aus diesem Grunde sei die Mitgliederversammlung im Zweifel an der Geschäftsführung nicht beteiligt. Aber in Ansehung der Geschäftsführung ist der Vorstand der Aktiengesellschaft mit dem firmierenden offenen Handelsgesellschafter und dem Komplementar der Kommanditgesellschaft gar nicht zu vergleichen. Bei der offenen und bei der Kommanditgesellschaft sind die Geschäftsführer Gesellschafter und persönlich haftbar. Wenn also hier bei immer geringer werdenden persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander die Rechte des geschäftsführenden Gesellschafters immer mehr wachsen, so kann hieraus auf die Aktiengesellschaft nichts geschlossen werden. Denn hier kommt ein ganz neues Element in Betracht: dass der Vorstand an der Gesellschaft durchaus unbeteiligt sein kann. Die Aktionäre sind die Herren, sie die unmittelbar am Ausgang des Unternehmens Beteiligten. Sollten sie nicht verwalten, so wäre ein solcher Zustand nicht mit einer absoluten Monarchie, sondern mit einer Fremdherrschaft zu vergleichen, da der Herrscher nicht Mitglied des Vereins zu sein brauchte, sondern ihm von aussen her aufgepfropft sein könnte. Aber hiervon ganz abgesehen, scheitert die Parallele Rehms, wie gezeigt, an der Ungleichheit des Verglichenen.

Hiernach ist § 665 BGB. auf Aktiengesellschaften anwendbar [1]).

Simon [2]) meint aber weiter, dass selbst, wenn § 665 BGB. für Aktiengesellschaften massgebend sei, damit für die Frage

---

[1]) Man bedarf also gar nicht zum Nachweise dessen der Gründe, die Simon in der Deutschen Juristenzeitung a. a. O. widerlegt. Simon führt mit Recht aus, dass seine Gegner sich nicht auf § 250 HGB. berufen können. Natürlich nicht, denn § 250 setzt voraus, dass eine GV. einberufen worden ist oder werden muss. Auch spricht nicht, wie Simon mit Recht bemerkt, § 32 BGB. für die Berufungspflicht, denn hiernach ist die GV. nur zu berufen, soweit nicht Vorstand oder ein anderes Vereinsorgan die Vereinsangelegenheit zu besorgen hat.

[2]) Juristenzeitung a. a. O.

nichts gewonnen wäre, inwiefern der Vorstand sich nach der Generalversammlung zu richten habe. Dieser Schluss beruhe auf einer petitio principii. Es sei gerade nachzuweisen, dass die Generalversammlung das für den Vorstand massgebende Organ sei.

Doch hat man wohl diesen Nachweis bisher nur deshalb unterlassen, weil man ihn für überflüssig gehalten haben wird. Zunächst hätte ja § 27 Abs. 3 in Verbindung mit § 665 BGB. für die Vereine kaum einen Sinn, wenn nicht die Mitgliederversammlung das für die Korporation massgebende Organ wäre. Aber für die Aktiengesellschaft insbesondere lässt sich der Satz ganz klar beweisen. Die GV. entscheidet über alle wichtigen Angelegenheiten; sie kann vor allem die Statuten ändern und damit die Weisungen, die etwa durch Formulierung des Gegenstandes des Unternehmens im Statut für den Vorstand ausgesprochen sind[1], ändern (§ 274 HGB.); sie kann dem Vorstand Beschränkungen für den Umfang seiner Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, auferlegen (§ 235 HGB.), ja sie kann den Vorstand jederzeit absetzen (§ 231 Abs. 3 HGB.) und sogar die Gesellschaft ganz auflösen (§ 292 HGB.). Die Aktionäre brauchen hierzu auch nicht die ordentliche GV. abzuwarten, sondern können auf eine Berufung infolge Antrags einer Minderheit von Aktionären zusammenkommen (§ 254 HGB.). Die GV. kann also de jure den Vorstand an der Ausführung jeder von ihm beabsichtigten zukünftigen Handlung verhindern. Natürlich kann hieraus — darin ist Rehm recht zu geben[2] — allein noch nicht gefolgert werden, dass der Vorstand immer so handeln müsste, wie nach seiner Annahme die GV. es gerne haben würde, wenn sie um ihre Ansicht gefragt würde. Hierüber wird er sich auch selten eine bestimmte Vorstellung bilden können. Aber klar ist doch wohl, dass die GV. oberstes Gesellschaftsorgan ist. Die freie Vertretungsbefugnis, die der Vorstand nach aussen hat, beweist gewiss nichts dagegen[3], diese hat fast in demselben Masse auch der Prokurist. Die Verfassung unserer Aktiengesellschaft ist eben nicht, wozu sie

---

[1] Vgl. Lehmann, Gutachten S. 68.

[2] Holdheims Monatsschrift S. 242 ff. [3] Anders Rehm a. a. O.

Rehm gerne gestalten möchte, eine aristokratische, sondern, wie auch Klein[1]) unter Hervorhebung der Unzweckmässigkeit anerkennt, demokratisch, eine Eigenschaft, die sie übrigens mit sämtlichen übrigen heutigen Korporationen des Privatrechts teilt[2]). Hiernach ist die GV. dasjenige Organ der Aktiengesellschaft, das dem Vorstande gegenüber in Ansehung der Vorschriften der §§ 665 ff. die Stellung hat, wie ein Mandant gegenüber einem Mandatar.

Nach § 665 ergibt sich nun folgendes: Will der Vorstand rechtsverbindlich an ihn ergangene Weisungen nicht befolgen, so muss er eine GV. berufen und sich die Genehmigung hierzu geben lassen. Er kann ohne solche Genehmigung die Weisungen unbeachtet lassen, sofern Gefahr im Verzug ist und er unterstellen kann, die GV. würde genehmigt haben, wenn sie hierzu Gelegenheit gefunden hätte. Natürlich muss der Vorstand, der gegen die Weisungen ohne GV. handelt, die Voraussetzungen für sein selbständiges, abweichendes Handeln nachweisen[3]). Lehmann meint, der Vorstand könne z. B. dartun, dass die Aktionäre, die die Majorität der Stimmen in der Hand hätten, ihm privatim zugestimmt hätten. Hier kann natürlich ein Zweifel nicht aufkommen. Aber es wird der Nachweis ausreichen, dass, vom Standpunkte der damals handelnden Vorstandsmitglieder aus betrachtet, eine Verweigerung der Genehmigung nach Lage der Dinge unvernünftig erscheinen musste, sofern nicht bestimmte Gründe wahrscheinlich machten, dass die GV. unvernünftigerweise die Genehmigung verweigert hätte. Der § 665 setzt für den Fall der Gefahr keine private Bestätigung voraus, denn sonst käme die Vorsorge, die er für den Fall der Gefahr trifft, wenn der Mandant eine Einzelperson ist, überhaupt nicht zur Anwendung.

Ist Gefahr im Verzuge, so kann unter ganz besonderen Umständen der Vorstand doch noch zur Berufung einer GV. genötigt sein. Es kann nämlich der Fall eintreten, dass, z. B. nach etwaigen früheren Beschlüssen, mit Wahrscheinlichkeit

---

[1]) Neuere Entwicklung in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaften, Wien 1904.

[2]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 687 ff.

[3]) Lehmann, Gutachten S. 74 ff.

damit zu rechnen ist, dass die GV. bei ihren Weisungen stehen bleibt, obgleich sie der Vorstand für unvernünftig hält. Wenn aber der Vorstand trotzdem gegen diese Weisungen handeln will, so kann er es nur mit Genehmigung der GV. Er wird sie natürlich nur berufen dürfen, wenn ein rechtzeitiger Beschluss der GV. noch denkbar ist und nicht jede Hoffnung auf Zustimmung als ausgeschlossen erscheint; die mögliche Aussicht, die GV. noch rechtzeitig zur besseren Ansicht zu bekehren, muss vorhanden sein.

Weisungen, die den Vorstand binden, können im Statut enthalten sein[1]); insbesondere liegen sie, wie Lehmann mit Recht hervorhebt[1]), in der statutenmässigen Abgabe des Gegenstandes des Unternehmens. Weisungen können aber auch frühere GV. dem Vorstande erteilt haben. Ist die Weisung im Statut begründet, so bedarf es zur Genehmigung der Abweichung natürlich der qualifizierten Majorität gemäss § 275 HGB.

Nach dem Statut kann der Aufsichtsrat dem Vorstande übergeordnet sein, derart, dass der Vorstand den Weisungen des Aufsichtsrats zu folgen hat. Mit Recht nimmt Lehmann[2]) an, dass diesfalls eine GV. sich erübrigt, sofern der Vorstand gegen bindende Weisungen handeln will, wenn dies nur der Aufsichtsrat genehmigt. Dann wäre dieser ja das Organ der Aktiengesellschaft, das dem Vorstande gegenüber die Stellung des Mandanten einnehmen würde. Dieser hätte zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 665 BGB. zur Abweichung von den Weisungen vorlägen oder nicht. Lehmann will jedoch dann den Vorstand nicht als durch den Aufsichtsrat gedeckt ansehen, wenn die Genehmigung der GV. als ausgeschlossen zu erachten sei. Doch soll ja gerade die Prüfung hierüber dem Aufsichtsrate zustehen. Sonst wäre eine Zwischeninstanz geschaffen, die, obgleich sie der Gesellschaft haftet und der GV. unterworfen wäre, doch vom untergebenen Organ nochmals kontrolliert werden müsste; allzuviel Bedenken könnten in Stunden, die feste Entschlüsse forderten, doch recht schädlich wirken. Das Ergebnis aus der Anwendbarkeit des § 665 ist hiernach für unsere Frage folgendes: Wenn der Vorstand von Weisungen,

[1]) Lehmann, Gutachten S. 68. [2]) a. a. O. S. 72.

die im Statut oder in Beschlüssen früherer GV. ihm erteilt waren, abweichen will, so muss er eine GV. berufen, es sei denn, dass Gefahr im Verzuge ist. Ist aber Gefahr im Verzuge, dann muss er nur dann die GV. berufen, wenn die Genehmigung zu den von den Weisungen abweichenden Handlungen nicht zu erwarten, aber doch denkbar ist und nicht zweifellos zu spät kommt. Einer GV. bedarf es nicht, wenn der Aufsichtsrat dem Vorstande übergeordnet ist und er die Genehmigung erteilt[1]).

Zur Entscheidung der zweifelhaftesten Frage aber trägt die Anwendbarkeit von § 665 BGB. nichts bei. Er sagt nichts darüber, ob oder wann der Vorstand eine GV. berufen müsse, sofern eine ihn bindende Weisung nicht vorliegt. Hierauf fussend, leugnet denn auch Simon[2]) jede weitere Pflicht des Vorstandes, eine GV. zu berufen, ausser wenn ein Beschluss notwendig ist, der nach Gesetz oder Statut auch nur indirekt[3]) zur Zuständigheit der GV. gehört. Mit der Bestimmung des § 665 BGB. kann Simon jedenfalls nicht widerlegt werden. Und in der Tat greift man, um eine weitere Berufungspflicht zu begründen, auf § 253 HGB. Diese Bestimmung hätte, sagt man[4]), keinen Sinn, wenn die GV. nur berufen werden müsse, sofern ohne sie nicht auszukommen wäre. Es handle sich hier um eine clausula generalis, die sich im deutschen Aktienrecht ebenso wie im Aktienrecht aller anderen Länder zur Ergänzung fände. Hiernach sucht man nach einem Massstabe, um Handlungen des Vorstandes, die genehmigungs- und solche, die nicht genehmigungsbedürftig seien, zu unterscheiden. Lehmann hält[5]) für genehmigungsbedürftig die aussergewöhnlichen Hand-

[1]) Will der Vorstand von Weisungen abweichen, so kommt er also ohne GV. nur aus a) bei Gefahr im Verzuge und wenn Genehmigung der GV. zu vermuten ist, b) wenn der Aufsichtsrat durch seine Genehmigung die Genehmigung der GV. ersetzen kann.

[2]) Simon, Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 778 ff.

[3]) Als Beispiel führt er unter anderem an, der Vorstand will eine Verbindlichkeit eingehen, die entweder Erhöhung des Grundkapitals oder Konkurs der Gesellschaft zur Folge haben wird.

[4]) So Lehmann, Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 962 ff., Rehm bei Holdheim Bd. 13 S. 245.

[5]) Mit der älteren Literatur. Vgl. Lehmann, Gutachten S. 72.

lungen, will aber dem Vorstand bei Gefahr im Verzuge dann freie Hand lassen, wenn die Genehmigung der GV. zu erwarten sei[1]). Als Begründung führt Lehmann im wesentlichen nur an, dass auch sonst das Gesetz zwischen gewöhnlichen und aussergewöhnlichen Handlungen bei der Vertretungsmacht unterscheide, z. B. bezüglich der Vertretungsmacht des firmierenden Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft oder der des Handlungsgehilfen. Jedoch bleibt der Nachweis zu erwarten, dass diese Verhältnisse bei der Aktiengesellschaft ebenso liegen wie dort. Das Gegenteil scheint der Fall zu sein. Hier ist der dem Vertretungsberechtigten Übergeordnete eine schwer zu berufende, massenköpfige GV., aus den verschiedensten Elementen zusammengesetzt, dort stehen dem Vertretungsberechtigten einzelne, mit dem Unternehmen aufs engste verknüpfte Personen gegenüber. Staub[2]) kommt zu einem ähnlichen Ergebnis wie Lehmann: Der Vorstand müsse die GV. berufen, wenn er ein Geschäft vornehmen wolle, das **derart ungewöhnlich** sei, dass dadurch der Bestand der Gesellschaft gefährdet werde **und ausserdem** dem Vorstande zweifelhaft sein müsse, ob die GV. genehmigen würde. Staub begründet seine Ansicht damit, dass der Vorstand Verwalter fremden Vermögens sei. Der Grund ist unrichtig. Der Vorstand ist Organ der Gesellschaft. Lehmann[3]) hebt mit Recht hervor: Die sämtlichen Organe stehen im Quasi-Mandatsverhältnis zu einer Auftraggeberin, der Aktiengesellschaft, diese wird dann ihrem aus dem Auftrag haftenden Organ gegenüber durch ein anderes vertreten. Aber schliesslich hat doch Staub insofern recht, als grundsätzlich die Regeln zur Anwendung kommen, die für die Besorgung fremder Geschäfte gelten[4]). Staub bleibt aber den Nachweis schuldig, dass seine Thesen aus jenen Regeln folgen.

Rehm[5]) endlich, von dem Gesichtspunkte ausgehend, dass

---

[1]) Als Beispiel hierfür führt er an, dass die GV. früher bereits Ähnliches genehmigt habe. Aber das würde doch wohl nur bei den wenigen Aktiengesellschaften zutreffen, deren Aktien, wie der Vorstand weiss, sich noch in den Händen der damaligen Aktionäre befinden, z. B. bei Familiengründungen.

[2]) Gutachten S. 80 ff. [3]) S. 65 ff. [4]) Vgl. oben S. 249 ff.

[5]) Bei Holdheim Bd. 13 S. 239 ff.

die GV. als nicht an der Verwaltung beteiligt betrachtet werden könne, meint, der Vorstand sei nicht zur Berufung der GV. verpflichtet, sofern sich nicht aus der Spezialregel des § 240 HGB. das Gegenteil ergäbe. Da Rehm gegen Simon die Pflicht zur Berufung der GV. auf § 253 des HGB. stützt, meint er offenbar, dass § 253 des HGB. für die Fälle solcher Spezialregeln — die übrigens analoge Ausdehnung erfordern — geschaffen sei. Aber es dürfte hiernach § 253 ebensoviel oder wenig überflüssig sein als bei Richtigkeit der Simonschen Ansicht. Denn folgt die Berufungspflicht aus einer Spezialregel, so bedarf es nicht noch einer allgemeinen Klausel.

Nun ist allerdings die Formulierung, die Simon seinem Satz gegeben hat, zu eng, und von seinem Gesichtspunkte aus wäre in der Tat der § 253 nicht nur überflüssig, sondern geradezu falsch. Simon denkt nur an die Fälle, dass der Vorstand auf jeden Preis eine Handlung vornehmen will, zu der er die Genehmigung der GV. bedarf. Natürlich muss er hier auch ohne Rücksicht auf § 253 die GV. berufen. Aber nicht immer wird der Vorstand solche Handlung sofort unter allen Umständen vornehmen wollen. Er wird vielleicht einsehen, dass die Handlung zum Vorteile der Gesellschaft dient, aber er wird es vielleicht vorziehen, sie zu unterlassen, gerade vielleicht deswegen, weil er eine GV. nicht berufen möchte. Es müsste vielleicht zu diesem Zwecke das Statut geändert, es müsste eine Weisung der GV. beseitigt werden. Oder aber der Vorstand hat sich vielleicht über die Weisung der GV. geärgert, die gegen seinen Vorschlag zustande gekommen ist, oder ihm gegenüber ein Misstrauensvotum enthielt. Er will sie jetzt befolgen, um die Aktionäre durch den Schaden klüger werden zu lassen und ihnen nachher auf der ordentlichen GV. klar zu machen, dass sie besser aufgehoben sind, wenn sie sich seiner Weisheit ganz anvertrauten. Hier nun greift § 253 HGB. ein: Der Vorstand hat zu prüfen, ob die beabsichtigte Handlung, die er ohne Genehmigung der GV. nicht vornehmen darf, derart nützlich ist, dass sie die Mühen und Kosten lohnt; liegt die Sache derart, so hat er die GV. zu berufen, sofern nicht deren Genehmigung aus besonderen Gründen als ausgeschlossen zu betrachten ist.

Man wird vielleicht sagen: Auch so bleibt § 253 überflüssig, die Pflicht, die GV. in solchen Fällen zu berufen, ergibt sich ja schon aus der Pflicht der Vorstandsmitglieder zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 241 Abs. 1 HGB.). Aber es ist doch wohl klar, dass die Regel: der Vorstand soll die Interessen der Gesellschaft auch bezüglich der Frage, wann er eine GV. berufen soll, massgebend sein lassen, nur ein Ausfluss jener Pflicht zur Sorgfalt sein kann. § 253 Abs. 2 ist also eine Ausführungsbestimmung des § 241 und daher ebenso notwendig oder überflüssig wie viele andere der Art. Hiernach kann in der Tat — noch abgesehen von § 240 HGB. und § 666 BGB. — nur behauptet werden: Die GV. ist zu berufen, wenn der Vorstand eine Handlung vornehmen will, die nach Gesetz oder Statut zur Zuständigkeit der GV. gehört, und ausserdem auch dann, wenn er sie nicht will, aber doch vornehmen sollte, weil „das Interesse der Gesellschaft ihre Vornahme erfordert", d. h. weil die Handlung der Gesellschaft auch in Anbetracht der Nachteile und Unbequemlichkeiten einer GV. vorteilhaft ist. Nur den letzten Fall berücksichtigt Simon nicht. Er hat ihn gewiss nicht ausschliessen wollen. Es fragt sich hiernach nur noch, ob eine Pflicht des Vorstandes zur Berufung der GV. aus § 666 BGB. oder aus § 240 HGB. hervorgeht.

§ 666 BGB. legt dem Beauftragten die Pflicht auf, dem Auftraggeber auch ohne Aufforderung „die erforderlichen Nachrichten zu geben". Wie weit diese Pflicht reicht, ist natürlich für die einzelnen Fälle verschieden zu beantworten[1]). Der Auftraggeber kann in zweifacher Weise an der Nachricht interessiert sein: Einmal lediglich von dem Gesichtspunkte aus, zu wissen, wie die Sachen liegen, auch wenn er den Verhältnissen selbst machtlos gegenübersteht[2]). Ob in dieser Beziehung § 666 BGB. für die Aktiengesellschaften zur Anwendung kommen kann, gehört nicht in diese Untersuchung. Nur mag bemerkt werden: Wenn blosses Kennen der Sachlage erreicht werden

[1]) Vgl. Plancks Kommentar, Anm. 3 zu § 666.

[2]) Hierher gehören meistens die Nachrichten, die der Anwalt seinem Mandanten von dem Ausfall der verschiedenen Termine zukommen lassen muss.

soll, dann können höchstens die Aktionäre, nicht die GV. als solche in Betracht kommen. Die Aktionäre können aber billiger, schneller und ebenso sicher durch die Gesellschaftsblätter als durch die GV. aufgeklärt werden. So wenig besteht also hier eine Pflicht zur Berufung der GV., dass vielmehr eine Berufung geradezu als verfehlt bezeichnet werden darf. Die zweite Gruppe von Nachrichten, die der Beauftragte dem Auftraggeber zukommen lassen muss, sind die, durch deren Kenntnis der Auftraggeber veranlasst werden kann, die etwa erforderlichen Massregeln zu treffen [1]). Hierhin werden nun allerdings beim regelmässigen Auftrag alle aussergewöhnlichen Ereignisse fallen, und man wird auch zugestehen müssen, dass, wenn die Nachrichten gegeben werden sollen, damit der Auftraggeber Massnahmen ergreift, ihm die Nachrichten so zeitig gegeben werden müssen, dass er noch dazu Stellung nehmen kann. So scheint denn zunächst nach der Regel des § 666 BGB. manches für die Ansicht Lehmanns und Staubs zu sprechen, dass eine GV. zu berufen sei, sobald eine aussergewöhnliche Handlung vorzunehmen ist. Aber es ist bereits erwähnt, dass der Umfang der in § 666 BGB. angeordneten Pflicht zur Nachrichtenerstattung für die verschiedenen Verhältnisse verschieden weit ist. Oben [2]) ist ferner hervorgehoben, dass die Überordnung der GV. über den Vorstand nichts darüber sagt, welche Sachen der GV. vorgelegt werden sollen. Die Unlust der Aktionäre, die sonstige Schwierigkeit, eine GV. zustande zu bringen, die Notwendigkeit der Geheimhaltung vieler Projekte [3]) sprechen dagegen, die GV. einer Aktiengesellschaft in gleicher Weise um Rat zu fragen wie eine Einzelperson. Hierfür findet sich eine Bestätigung in § 240 HGB. Schon Lehmann [4]) hat darauf aufmerksam gemacht, dass § 240 HGB. nur ein Anwendungsfall des § 666 BGB. ist. In der Tat laufen § 240 HGB. und § 666 BGB. völlig parallel. In beiden §§ soll dem Mandanten oder Quasimandanten eine Anzeige erstattet werden, die Anzeige ist nach § 666 BGB. zu erstatten, sofern sie erforderlich

[1]) Diese Gruppe allein erwähnt Planck a. a. O. [2]) S. 251.

[3]) Nicht auch die angebliche Unfähigkeit der GV. zu verständigen Beschlüssen.

[4]) Gutachten S. 74—76.

geworden, § 240 HGB. gibt konkret an, wann solch ein Fall ohne weiteres anzunehmen ist; dass nach § 240 HGB. die GV. erst zu berufen, nach § 666 BGB. aber der Bericht sofort zu erstatten ist, bedarf keiner Erklärung. Also der § 240 HGB. ist ein Anwendungsfall des § 666 BGB. Aus § 240 heraus werden demnach die Grenzen von § 666 BGB. bestimmt werden können. Rehm[1]) hält hiernach eine Berufungspflicht immer für gegeben, wenn zu befürchten stehe, dass der Ertrag oder die Ertragsfähigkeit durch ein Ereignis oder ein Geschäft dauernd derart gemindert werden könne, dass ein ordentlicher Kaufmann mit der Auflösung der Gesellschaft rechnen müsse.

Das Prinzip, das Rehm nun aus § 240 gewinnt, ist aber m. E. zu eng. Bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals kann die Lage der Gesellschaft durchaus so liegen, dass kein vernünftiger Mensch an Auflösung der Gesellschaft denken wird. Man braucht sich nur vorzustellen, dass durch Kriegs- oder andere Kalamitäten ungeheure Preisstürze der sämtlichen Anlagekapitalien grosser Wirtschaftsbezirke eintreten, etwa so stark, dass die meisten Kapitalanlagen nur noch $^1/_4$ ihres früheren Wertes behalten. Wenn dann eine Aktiengesellschaft so günstig steht, dass sie nur $^1/_2$ ihrer Anlagewerte verloren hat, so wird sie sich deshalb regelmässig kaum auflösen. Aber ein starker, plötzlicher oder allmählicher Verlust des Grundkapitals kann, abgesehen von der Auflösung der Gesellschaft, nahelegen Herabsetzung des Grundkapitals oder Verschaffung neuer Kapitalien, sei es durch Herabsetzung und gleichzeitige Erhöhung des Grundkapitals, sei es durch Aufnahme von Anleihen. Nahegelegt kann ferner sein eine Änderung des Betriebes, vielleicht so, dass der im Statut festgelegte Gegenstand des Unternehmens verändert wird; hat das Statut aber eine Fassung, die weit genug ist, so genügt vielleicht auch eine technische Änderung des Betriebes ohne (rechtliche) Statutenänderung. Möglichenfalls beschliesst die nach § 240 HGB. zusammenberufene GV. das eine oder das andere oder nichts von alledem. In diesen Fällen handelt es sich zum Teil um

[1]) Er will damit dem § 253 HGB. eine Bedeutung verschaffen und legt deshalb den § 240 ausdehnend aus (S. 244 a. a. O.).

Massregeln, die ohne GV. gar nicht vorgenommen werden können, z. B. bei der Statutenänderung, der Herabsetzung oder Erhöhung des Grundkapitals, der Auflösung der Gesellschaft. Andere Massnahmen sind derart, dass sie wirtschaftlich den oben angegebenen gleich oder doch sehr nahe kommen; in solchem Verhältnis steht z. B. die Aufnahme einer Anleihe zur Erhöhung des Grundkapitals, die völlige Veränderung des technischen Betriebes zur Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens [1]).

Hiernach dürfte die Pflicht zur Berufung einer GV. begründet sein, wenn Verhältnisse eingetreten sind, die die Massnahmen nahelegen, zu denen ein Beschluss der GV. notwendig ist, oder die doch solchen Massnahmen wirtschaftlich gleich oder sehr ähnlich sind [2]).

Aber nicht nötig ist, dass der Vorstand einen derartigen Beschluss für notwendig oder für zweckmässig, sondern nur, dass er ihn für naheliegend erachtet. Er muss bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals die GV. berufen, auch wenn er eine Änderung irgendwelcher Art für verfehlt ansehen würde. Es genügt für die Berufungspflicht der Eintritt eines Ereignisses, das nach seiner Art regelmässig die Erwägung gebietet, ob die oben beschriebenen besonderen Massnahmen zu ergreifen seien. Ob die GV. wirklich einen derartigen Beschluss fassen wird, kann der Vorstand nicht ermessen. Die Stimmberechtigten sind ihm unbekannt, sie können übervorsichtig, sie können Wagehälse sein. Auch Kenntnis des Vorstandes von dem derzeitigen Willen der Majorität muss unerheblich sein. Die GV. hat nicht nur zu beschliessen, sondern auch zu beraten. Die Aktionäre können sich möglicherweise umstimmen lassen. Nur wenn der Vorstand anzunehmen berechtigt ist, dass die GV. in solchen Fällen eine Benachrichtigung nicht für erforderlich erachtet, wird er sie unterlassen können, dies würde dem

---

[1]) Vgl. auch oben S. 247.

[2]) So sagt schon Lehmann, indem er sich auf § 666 BGB. stützt, dass eine GV. berufen werden müsse, wenn „Beschlüsse der GV. gefasst werden müssen oder doch Fassung von Beschlüssen zu **erwägen** ist in Dingen, hinsichtlich deren die GV. nicht zu umgehen ist“, und fügt dann hinzu, dass § 240 HGB. ein gesetzlicher Fall hierfür sei.

Grundsatze des § 666 BGB. entsprechen. Aber solche Annahme wird nur selten berechtigt sein. In Frage können wohl nur Aktiengesellschaften kommen, deren Aktien sich in den Händen weniger befinden, und bei denen diese selben Aktionäre in einem früheren gleich gelagerten Falle dem Vorstande freie Hand gelassen haben. Dann wird der Vorstand schliessen können, dass sie das gleiche auch nunmehr wünschen.

Die Berufungspflicht wird aber auch bestehen, wenn die Ereignisse noch nicht eingetreten sind, die einen notwendigen Beschluss der GV. als naheliegend erscheinen lassen, sondern bereits dann, wenn der Vorstand erst Handlungen vornehmen will, die in ihren Folgen jene Ereignisse mit Wahrscheinlichkeit herbeiführen werden. Es braucht daher nicht das Grundkapital zur Hälfte verloren zu sein: es muss genügen, dass ein erhebliches Vermögen der Gesellschaft durch eine Handlung des Vorstandes verloren gehen wird. Hierhin gehört eine sichere (nicht bloss riskierte), erhebliche Vermögensaufopferung ohne Äquivalent [1]).

Die GV. verursacht Mühe und Kosten. Sie ist auch nicht ungefährlich, weil Geheimnisse des Betriebes preisgegeben werden müssen. Hieraus folgt einmal, dass die Einberufung einer ausserordentlichen GV. nur „erforderlich" ist (§ 666 BGB.), wenn Mühen und Kosten sich lohnen, wenn der Gegenstand der eventuellen Beschlussfassung wichtig genug ist für eine alsbaldige Beratung und Abstimmung. Sonst ist bis zur ordentlichen GV. zu warten. Ist Geheimhaltung vor den Aktionären notwendig, dann muss die Handlung, wenn sie ohne Zustimmung der Aktionäre nicht erfolgen kann, einfach unterbleiben. Wenn die Handlung ohne Genehmigung der GV. zwar möglich ist, aber nicht erfolgen soll, so muss sie ebenfalls unterbleiben [2]). Man könnte hier an analoge Anwendung von § 665 BGB. denken. Wie der Vorstand im Falle der Gefahr gegen die Weisungen der GV. auch ohne deren Genehmigung handeln könne, weil er letztere nicht mehr einholen könne, so

[1]) Vgl. die oben besprochene Entsch. des Reichsger. Bd. 35 S. 87.

[2]) Beispiel: Es soll ein geheim zu haltendes Geschäft abgeschlossen werden, dessen Abschluss die Aufnahme einer grösseren Anleihe oder einer Erhöhung des Grundkapitals zur Folge haben würde.

müsse er, könnte man meinen, auch von der Genehmigung Abstand nehmen dürfen, wenn die Einholung nach Lage der Sache überhaupt und von vornherein ausgeschlossen ist. Aber dann hätte ja die, sei es gesetzliche, sei es statutarische Vorschrift der Genehmigungsbedürftigkeit für alle geheim zu haltenden Handlungen nicht die Bedeutung, die die Worte aussprechen, sondern eine andere, nämlich die, dass der Vorstand hier **nie** die Genehmigung nachzusuchen habe, vielmehr die Handlung entweder unterlassen oder, und zwar dann ohne Genehmigung, vornehmen dürfe, wenn er annehmen könnte, dass sie die GV., hätte sie Kenntnis, billigen würde. Eine solche Verkehrung der Bestimmung ist nicht anzunehmen. Aktiengesellschaften in ihrer jetzigen gesetzlichen Verfassung eignen sich nicht für derartige Geschäfte. Sonderbestimmungen im Statut, z. B. solche, die der GV. das Genehmigungsrecht nehmen und dem Aufsichtsrat übertragen, müssen hier aushelfen. Das Verweisen auf besondere statutarische Bestimmungen bei derartigen Aktiengesellschaften hat auch hier nichts Bedenkliches an sich. Ein gutes Gesetz und eine gute Rechtsauslegung soll zwar auch ohne Sonderabreden zu vernünftigen Ergebnissen kommen. Aber da unsere Gesetze alle Aktiengesellschaften gleichmässig behandeln, und zwar gerade von dem Gesichtspunkte aus, die Aktionäre vor Ausbeutungen des Vorstandes zu schützen [1]), so muss für die Aktiengesellschaften, bei denen die gesetzliche Bestimmung unzweckmässig ist, eine Sonderregel eingreifen. Da die Statuten von solchen Aktiengesellschaften, die in die Lage kommen, geheim zu haltende wichtige Geschäfte vielfach abzuschliessen, ihr Statut wohl immer von sehr sachverständigen Personen feststellen lassen, so ist mit diesem Erfordernis auch keine besondere Gefahr verknüpft.

Die Sonderregelung durch die Statuten muss nicht ausdrücklich sein. Daher wird es genügen, wenn der statutarisch angegebene Betriebsgegenstand derart ist, dass zu den regelmässigen Vorkommnissen Abschlüsse geheim zu haltender Geschäfte gehören, die gemäss allgemeinen Regeln spätere GV. nach sich ziehen müssten. Wichtig ist aber, dass die Berufungs-

[1]) Vgl. Klein a. a. O.

pflicht auf § 666 BGB. und nicht auf § 253 HGB. beruht, denn letzterer ist natürlich zwingenden Rechts, auf die Anzeigepflicht nach § 666 BGB. kann aber selbstredend verzichtet werden. Nur insofern kommt auch hier § 253 Abs. 2 in Betracht, als der Vorstand, wenn er eine Handlung vorzunehmen gedenkt, die wegen § 666 BGB. die Genehmigung der GV. nötig hat, die Handlung nicht wegen der Unbequemlichkeit, die das Einfordern der Genehmigung mit sich bringt, unterlassen darf, sondern prüfen muss, ob sie der Aktiengesellschaft vorteilhaft ist, und bei Bejahung dieser Frage zur Einberufung der GV. verpflichtet ist. Abgesehen von den einzelnen im Gesetz oder Statut angegebenen Fällen ist hiernach vom Vorstand eine GV. zu berufen:

1. wenn der Vorstand von ihm erteilten Weisungen abweichen will; er braucht es nicht, wenn Gefahr im Verzuge ist und er die Genehmigung vermuten darf;
2. wenn das Abweichen von jenen Weisungen der Gesellschaft vorteilhaft ist. Hier gilt das gleiche, wie wenn der Vorstand abweichen will;
3. wenn Verhältnisse eingetreten sind, die Massnahmen nahe legen, zu denen ein Beschluss der GV. notwendig ist oder die doch solchen Massnahmen wirtschaftlich gleich oder sehr ähnlich sind.

Bei dieser Auffassung ist die Pflicht zur Berufung, wie sie Rehm, und noch mehr, wie sie Simon annimmt, zu eng, wie sie Lehmann und Staub annimmt, zu weit gesteckt; die Riessersche, auch vom Juristentage angenommene Auffassung ist dagegen die richtige, sie ist aber einer festeren Umgrenzung fähig.

Der Aufsichtsrat hat die GV. zu berufen, „wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert“. Wann das der Fall ist, darüber herrscht Einigkeit: Wenn der Vorstand sie berufen müsste und seine Pflicht unterlässt. Natürlich wird der Aufsichtsrat zunächst den Vorstand auf seine Pflicht hinweisen und abwarten müssen, bis er säumig ist [1]). Die Pflicht zur Berufung der GV. tritt ferner, worauf Staub hinweist [2]), an den Auf-

[1]) Vgl. Lehmann, Gutachten S. 76, 77. [2]) Gutachten a. a. O. S. 88.

sichtsrat dann heran, wenn er sieht, wie der Vorstand gegen die Vorteile der Gesellschaft handelt, und wenn sein Einspruch hiergegen vergeblich bleibt. Sein Aufsichtsrecht gebietet ihm, derartige Handlungen zu hindern. Wenn er es nicht vermag, so vermag es sicher die GV. Die Befugnis zu deren Berufung wird also im angegebenen Falle Pflicht. Immer folgt also die Pflicht des Aufsichtsrats zur Berufung schon aus seiner Aufsichtspflicht. Demnach ist die Bestimmung des § 246 Abs. 2 ebenso notwendig oder überflüssig wie § 253 Abs. 2, da § 249 Abs. 1 dem § 241 Abs. 1 entspricht. Der Ausspruch einer Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Berufung von GV.en, die sich übrigens schon aus § 254 ergibt, hätte genügt. Also ist auch § 263 Abs. 2 bei der hier verteidigten Auslegung nicht überflüssig. Ferner ist zu beachten, dass der Wortlaut von § 246 Abs. 2 und von § 253 Abs. 2 völlig harmoniert. Unstreitig sagt nun § 246, der Aufsichtsrat soll die GV. berufen, wenn er hierzu berechtigt ist (infolge der Untätigkeit des Vorstandes und des Aufsichtsrechts des Aufsichtsrats) und wenn er (infolge seiner Aufsichtspflicht) auch hierzu verbunden ist. Weshalb sollte nicht das gleiche für den Vorstand nach § 253 Abs. 2 gelten?

Schnell erledigt ist die Folge der Pflichtversäumnis. Die Säumigen haften auf Schadensersatz. Der Überstimmte haftet natürlich nicht (vgl. §§ 28, 32 BGB., die für das Innenverhältnis massgebend sind). Im Prozess trifft den, der behauptet, er sei überstimmt worden, die Beweislast [1]). Er hat nämlich darzutun, dass er seine Pflicht getan hat. Als erheblich ist aber auch der Einwand anzusehen, dass die GV., wäre sie berufen worden, zugestimmt hätte. So hatte mit gutem Grunde das Reichsgericht vom 28. Mai 1895 [2]) entschieden; denn wäre der Schaden auch bei Berufung der GV. eingetreten, so fehlte der Kausalzusammenhang zwischen den schuldhaften Unterlassen und dem Schaden. Daher ist die Entsch. des Reichsgerichts vom 3. Mai 1903 [3]), in der der Einwand für unerheblich erklärt

[1]) Vgl. § 144 ALR. II 10. Übereinstimmend Lehmann, Gutachten S. 78.

[2]) Entsch. Bd. 35 S. 83. [3]) Bei Holdheim Bd. 12 S. 200.

wird, nicht zu billigen. Aber die Ablehnung der Erhebung des dort angebotenen Beweises war wohl doch gerechtfertigt. Beklagte traten Beweis dafür an, dass die sämtlichen Aktionäre in der GV. den Beschluss der Aktiengesellschaft gebilligt haben würden durch Berufung auf die sämtlichen — natürlich damaligen [1]) — Aktionäre als Zeugen. Zeugen können nur über Tatsachen vernommen werden, die Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind. Die Tatsachen aber, bezüglich deren die Zeugen hier vorgeschlagen waren, hat kein Mensch wahrgenommen, sie sind irreal. Es hätte, wenn die Aktionäre etwas Erhebliches hätten bekunden sollen, angegeben werden müssen, was die Zeugen damals getan oder gesprochen oder wenigstens gedacht hatten, woraus das Gericht Schlüsse auf ihr eventuelles Verhalten in der nicht gehaltenen GV. hätte ziehen können. Die Parteibehauptung, wie sie aufgestellt war, war tatsächlich nicht gehörig substantiiert.

[1]) Damit erledigt sich Lehmanns Bedenken im Gutachten S. 78, 79.

Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks

(§ 95 BGB.)

von

Herbert Meyer

„Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet alle Sachen in bewegliche und unbewegliche. Unbeweglich sind ihm nur die Grundstücke und die mit diesen verbundenen Bestandteile. Alle sonstigen Sachen sind beweglich. Eine Sonderbestimmung für die mit dem Grund und Boden verbundenen Nichtbestandteile desselben ist in dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht enthalten. Daraus folgt, dass die mit einem Grundstück nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbundenen Gebäude als bewegliche Sachen anzusehen sind; ein Drittes gibt es nicht" [1]). Mit dieser Entscheidung hat sich das Reichsgericht [2]) bei der Frage nach der rechtlichen Natur der Sachen, die zu einem vorübergehenden Zwecke oder von dem Berechtigten in Ausübung eines Rechtes an einem Grundstück mit dem Grund und Boden verbunden worden sind, auf den Standpunkt derer gestellt, die solche Sachen zu den beweglichen zählen wollen. Auf den ersten Blick scheint die Richtigkeit des obigen Schlusses einzuleuchten. Diese Sachen sind keine Grundstücke und nach § 95 BGB. auch keine Grundstücksbestandteile, also sind sie bewegliche Sachen, da es eine dritte Art von Sachen in unserem bürgerlichen Recht nicht gibt. Und doch, wenn wir näher betrachten, was für Sachen im einzelnen zu diesen juristisch beweglichen, tatsächlich unbeweglichen gehören können — Häuser, Eisenbahnoberbauten, Brunnenschächte, Tunnel — dann sträubt sich bei jedem, der nicht ganz in juristischem Formalismus erstarrt ist, das Rechtsgefühl gegen eine solche Einordnung. Da

---

[1]) RG. 55, 284; 5. ZS. 19. Sept. 1903; vgl. JW. 1903, Beil. 119.

[2]) Diesem ist das OLG. zu Königsberg (2. ZS. 23. März 1904) gefolgt, Seufferts Arch. 60, 1.

fragen wir uns: ist eine solche juristische Konstruktion, die jedem Laien abenteuerlich vorkommt — eine Bestätigung des Wortes vom Gegensatz zwischen Juristenverstand und gesundem Menschenverstand —, ist sie wirklich unvermeidlich? kann sie wirklich richtig sein?

Für den Fahrnischarakter der mit dem Grund und Boden verbundenen Nichtbestandteile hat man sich auf die Entstehungsgeschichte der betreffenden Vorschriften des Gesetzbuches berufen. Der Entwurf I sagte in § 781:

> Unbewegliche Sachen sind die Grundstücke.
>
> Auf Berechtigungen, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können, finden die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Von der zweiten Kommission wurde aus technischen Gründen der Abs. 2 gestrichen und alsbald auch der Abs. 1, da er nunmehr nur noch „terminologische Bedeutung" habe. „Das gegen die Streichung geäusserte Bedenken, dass der Abs. 1 insofern praktischen Wert habe, als er nur die Grundstücke für unbewegliche Sachen erkläre, dagegen alle anderen Sachen als bewegliche behandelt wissen wolle, könne nicht als durchschlagend angesehen werden. Denn dem Bedenken könne man dadurch Rechnung tragen, dass man an den Stellen, an welchen im Entw. von unbeweglichen Sachen gesprochen werde, statt dieses Ausdrucks das Wort „Grundstücke" wähle" [1]). Durch diesen Beschluss wurde der gegenwärtige Zustand herbeigeführt, dass das Gesetz nur Grundstücke und bewegliche Sachen nennt. Die Bezeichnung „unbewegliche Sache", unter der Entw. I nur die Grundstücke begriff, gehört der Terminologie des Gesetzes nicht an. Da aber der gesetzliche Begriff der beweglichen Sachen mit Notwendigkeit den der unbeweglichen voraussetzt, so ist dessen Abgrenzung der Wissenschaft überlassen, zumal das Gesetz uns auch keine negative Definition durch Abgrenzung des Begriffes der beweglichen Sachen gibt. Aller Wahrscheinlichkeit nach hat die Kommission an die besondere Art von Sachen, mit denen wir uns hier beschäftigen, nicht gedacht [2]).

---

[1]) II Prot. 3, 3.

[2]) Gierke, Deutsches Privatr. 2, 10 f.: „Das Gesetzbuch hat einfach vergessen, ihre Rechtsstellung zu bestimmen".

Hätte sie aber auch durch den Beschluss solche Sachen als Nicht-Grundstücke den beweglichen zuweisen wollen, so hätte sie diesen Zweck nicht erreicht. Denn aus dem festgestellten Wortlaut des Gesetzes folgt mit Sicherheit nur, dass es Grundstücke und bewegliche Sachen gibt, nicht aber, dass es nur diese beiden Arten von Sachen gibt. Denn dazu bedarf es des weiteren, durchaus nicht zwingenden Schlusses, dass die Begriffe Grundstück und unbewegliche Sache sich decken. Das ist aber auch tatsächlich gar nicht der Fall; unsere Sachen sind, mindestens zum Teil, physisch zweifellos unbeweglich. Ohne eine ausdrückliche Rechtsnorm, die diese Fiktion vorschriebe, dürfen wir aber eine tatsächlich nicht vorhandene Eigenschaft nicht als vorhanden annehmen [1]). Sollten diese tatsächlich unbeweglichen Sachen rechtlich bewegliche sein, so musste die Kommission den § 781 Abs. 1 stehen lassen. Sie hat ihn aber gestrichen; aus welchen Beweggründen ist gleichgültig: sie sind nicht Gesetz.

Zu einem andern Ergebnis könnte man nur kommen, wenn für die Gleichsetzung der Begriffe Grundstück und unbewegliche Sache oder für den Fahrnischarakter der nur scheinbaren Bestandteile [2]) eines Grundstücks die historische Entwicklung spräche. Wir haben daher zu prüfen, ob und inwieweit die betreffenden Normen des BGB. auf älteres Recht zurückgehen, um erkennen zu können, ob dieses zur Auslegung des geltenden Rechts herangezogen werden kann. Der § 95 BGB. stellt allgemein den Satz auf, dass Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke, oder Werke, die in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grund und Boden verbunden worden sind, nicht Bestandteile des Grundstücks sind. In dieser Ausdehnung ist der Satz aus dem römischen Recht ganz gewiss nicht abzuleiten. Ihm widerspricht der Satz superficies solo cedit, der nach der herrschenden Meinung auch für das gemeine Pandektenrecht Geltung haben

---

[1]) Ähnlich Eck, Vorträge 1, 106, und jetzt auch Gierke, Deutsches Privatr. 2, 10 f.

[2]) Diese treffende Bezeichnung der uns hier beschäftigenden Sachen stammt von Zitelmann, Das Recht des BGB. 1, 79.

soll. Auch wer mit Biermann[1]) den Satz „superficies solo cedit“ auf „Gebäude und gebäudeähnliche Bauwerke nebst allen Bestandteilen derselben und auf Weinbergsutensilien“ beschränken will, kommt hinsichtlich aller Bauwerke, deren angebliche Fahrnisqualität uns anstössig erschien, dazu, sie als Bestandteile der Grundstücke anzusehen[2]). „Das zum Bauwerk unter sich und mit dem Grundstück Zusammengefügte bildet mit dem Grundstück ein Ganzes, und dieses Ganze steht im Eigentum des Eigentümers des Grundstücks“ [3]). Dem, der das Gebäude auf fremdem Grund errichtet hat, wird nur ein ruhendes Eigentum an dem verbauten Material zugesprochen, das erst wieder geltend gemacht werden kann, wenn das Bauwerk aufhört, Bestandteil des Grundstücks zu sein und dessen praktische Bedeutung hauptsächlich in dem jus tollendi des besitzenden Superficiars zum Ausdruck kommt[4]). Der § 95 BGB. soll aber dem Superficiar eine bessere Stellung einräumen; man wollte, wie es die Kommission für die zweite Lesung ausdrückte, durch die Aberkennung der Bestandteilseigenschaft „klarstellen, dass an diesen Sachen die vor ihrer Verbindung mit dem Grundstücke bestandenen Rechte fortbestehen“ [5]). Woher stammt nun dieser Gedanke, dass es sich bei diesen Bauwerken um selbständige Sachen, nicht um Bestandteile handele? Er findet sich schon im Entw. I, wo § 785 im wesentlichen dem Wortlaut und Inhalt von § 95 BGB. entspricht:

> Als Bestandtheile eines Grundstückes gelten nicht solche Sachen, insbesondere Gebäude, deren Verbindung mit dem Grundstücke von einem Anderen als dem Eigenthümer des Grundstückes nur zu einem vorübergehenden Zwecke befugter Weise bewirkt ist, oder welche in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstücke von dem Berechtigten in seinem Interesse mit dem Grundstücke verbunden sind.

Die Motive behaupten, dass der Entwurf sich damit dem

---

[1]) Jherings Jahrb. 34, 169 ff., 181.

[2]) Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts[8] 1, 610 (§ 139) a. 3, 862 (§ 188 1c), Dernburg, Pandekten § 208.

[3]) Windscheid-Kipp 1, 862 f.

[4]) Ebd. 863 f., Dernburg § 208a. [5]) II Prot. 3, 11.

Standpunkte des preussischen und französischen Rechtes nähere, mit dem sächsischen Gesetzbuche und in einer gewissen Beziehung auch mit dem römischen Rechte im Einklange stehe, allerdings nicht in seiner ganzen Tragweite [1]). Die letztere Einschränkung ist sehr wesentlich; denn § 284 des sächsischen Gesetzbuches, auf den die Motive sich berufen, spricht nur von beweglichen Sachen, die mit einer unbeweglichen verbunden werden, und die Digestenstellen, die den Satz enthalten sollen, reden nur von Wasserleitungsteilen, die auf Grund einer Dienstbarkeit dem praedium serviens eingefügt werden, nicht aber von Gebäuden [2]). Immerhin sind diese Bemerkungen lehrreich für die Entstehungsgeschichte des § 95; auch kommt im Entwurf des Redaktors Johow diese versuchte Anlehnung noch deutlich zum Ausdruck [3]):

> Auf Gebäude und Pflanzen, deren Verbindung mit einem Grundstücke von einem Andern als dem Eigenthümer des Grundstücks zu vorübergehenden Zwecken rechtmässig bewirkt ist, sowie auf Gegenstände, welche in Ausübung einer Dienstbarkeit von dem Berechtigten in seinem Interesse mit dem dienenden Grundstücke verbunden sind, finden die §§ 6—8 (die von den Bestandteilen handeln) keine Anwendung.

In der Begründung [4]) wird der erste Teil des § auf § 284 des sächsischen Gesetzbuches, der zweite Teil auf die auch von den Motiven angezogenen Digestenstellen zurückgeführt. Da die letzteren zur Stütze unseres Rechtssatzes nur etwa mit demselben Recht herangezogen werden können, mit dem man in der Rezeptionszeit allgemein deutschen Rechtsquellen durch Allegierung römischer Quellenzitate Autorität zu geben versuchte, mochten sie auch passen wie die Faust aufs Auge, so bleibt für die Herleitung des § 95 nur die genannte Bestimmung des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches übrig. § 284 lautet:

> Wird mit einer unbeweglichen Sache eine bewegliche Sache dergestalt verbunden, dass sie ein Bestandtheil der ersteren wird, so erwirbt der Eigenthümer der unbeweg-

[1]) Mot. 3, 47 f.

[2]) Vgl. auch Biermann a. a. O. 177 ff. [3]) Sachenrecht § 9.

[4]) Sachenrecht, Begr. 1, 55 ff.

lichen Sache das Eigenthum an dem Bestandtheile durch die Verbindung, ausgenommen wenn die Verbindung zu einem blos vorübergehenden Zwecke von einem dazu berechtigten Anderen vorgenommen worden ist.

Man sieht: Die Verwandtschaft mit dem § 95 BGB. ist deutlich, aber die Tragweite beider Gesetzesvorschriften ist sehr verschieden. Das sächsische Gesetz steht voll auf dem Boden des römisch-gemeinen Rechts, nimmt auch den fest mit einem Grundstück verbundenen Sachen nicht die Bestandteilseigenschaft, sondern schliesst nur bei den zu einem vorübergehenden Zwecke seitens eines Berechtigten mit dem Grundstück verbundenen Sachen den Eigentumserwerb durch Akzession aus. So bemerken denn auch die Motive [1]) ausdrücklich, „dass dieser § an unserem bisherigen Rechte etwas wesentliches nicht geändert habe".

Wir sehen also wohl, woran sich die Redaktoren des BGB. klammerten, als sie unsern Paragraphen schufen, nicht aber, wie sie zu dieser erheblichen Abweichung vom römisch-gemeinen Recht kamen, auch auf die Dauer berechneten Bauwerken die Bestandteilseigenschaft abzusprechen. Erst dadurch aber, dass sie diesen kühnen Schritt taten, ist unsere Streitfrage brennend geworden. Was berechtigte sie dazu? Ich meine: das klare Bewusstsein von einem dahingehenden gemeinen deutschen

---

[1]) Spezielle Motive (1861) 671. Da mir die in der OLG.-Bibl. zu Jena befindlichen z. T. handschriftlichen Materialien sämtlich zur Hand sind, so bemerke ich hier, dass der §, der sich in dem von den Deputationen der sächs. Kammern beratenen (Heldschen) Entwurf nicht findet, zuerst in den Redaktionsvorschlägen Ortloffs auftritt, die dieser als Mitglied der von der Revisionskommission gewählten Redaktionskommission machte. Er steht dort (Bl. 10 der Ortloffschen Bemerkungen, sowie Bemerkungen u. neue Vorlagen 6, 35 f.) als § 62 des Sachenrechts und Abänderungsvorschlag zu § 300 des Heldschen Entwurfes ohne den für uns wesentlichen einschränkenden Nachsatz. Dieser wurde auf Grund eines Beschlusses der Rev.-Komm. (Rev.-Prot. XXXVII, 13. Nov. 1856, 2, 28 ff.) beigefügt und soll sich danach auf vorübergehend mit dem Grundstück verbundene Pflanzen und auch Gebäude beziehen, insbesondere auf vom Pächter errichtete. In der endgültigen Redaktionsvorlage hat der § (274) im wesentlichen bereits die Fassung des Gesetzes und erfuhr in der Redaktionskommission (Red.-Prot. XVI, 28. Febr. 1857; XVII, 10. März 1857) nur geringfügige Änderungen. Im gedruckten Entwurf von 1860 zählt er als § 295.

Privatrecht, das sich freilich aus den römischen Quellen nicht begründen liess. In den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts ist allerdings nichts von einer solchen deutschen Rechtsnorm zu finden, und Gierke sagte in seiner Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht [1]), es sei eine willkürliche Ausnahmesatzung, solche Sachen nicht als Bestandteile gelten zu lassen. Doch das Leben zeigt ein anderes Bild. Dass das römische Akzessionsprinzip und der Satz superficies solo cedit für zahlreiche Bauwerke auf fremdem Boden in den Ländern gemeinen Rechts einfach ignoriert wurde, hat Biermann in seiner trefflichen Abhandlung über dieses Rechtssprichwort, auf die ich hier verweisen kann, deutlich gezeigt [2]). Gas- und Wasserleitungs-, Telegraphen- und Eisenbahnanlagen, Tunnel, Anschlagsäulen, Denkmäler wurden allgemein als im Eigentum des Errichters, nicht des Grundeigentümers stehend angesehen, Nur für Gebäude sieht Biermann angesichts des klaren Wortlauts der römischen Quellen keine Möglichkeit, ihnen die Bestandteilseigenschaft abzusprechen. Für sie werde der Satz superficies solo cedit auch von der Praxis anerkannt [3]). Diese jedes inneren Grundes entbehrende Verschiedenheit in der Behandlung von Gebäuden und andern Bauwerken sollte uns allein schon ein Fingerzeig dafür sein, dass hier ein dem römischen Recht scharf entgegenstehender gemein deutscher Rechtssatz von der gemeinrechtlichen Praxis soweit anerkannt wurde, als es irgend der Wortlaut der römischen Quellen zuliess. Fernere Winke in dieser Richtung geben das französische und englische Recht, die beide den Satz superficies solo cedit nur als dispositive Rechtsnorm kennen [4]). Vor allem aber hat bekanntlich das preussische Recht ein Sondereigentum an den mit dem Boden verbundenen Sachen anerkannt, das bei Bauten, die auf fremdem Boden mit Wissen und ohne Widerspruch des Grundherrn errichtet wurden, soweit erstarken kann, dass die genannte Paroemie sich in ihr Gegenteil verkehrt und der Satz gilt: solum cedit aedificio [5]). Neuerdings hat denn nun auch

---

[1]) 287. [2]) Jherings Jahrb. 34, 194 ff. [3]) 183 ff.

[4]) Biermann a. a. O. 234 ff., 244 ff.

[5]) § 332 ALR. I 9; Biermann a. a. O. 219 ff.

Wolff in seiner schönen Studie über den Bau auf fremdem Boden [1]) entgegen der herrschenden Meinung klar erwiesen, dass der Satz „quod solo inaedificatur, solo cedit" dem älteren germanischen Rechte durchaus fremd ist. Er führt denn auch die vom römischen Recht abweichende Regelung unserer Frage, wie sie uns in modernen Kodifikationen, wie im preussischen Landrecht, in schweizerischen Gesetzbüchern und auch im § 95 BGB. entgegentritt, auf die Einwirkung deutscher Rechtsgedanken zurück [2]), mit gutem Grunde.

Wenn wir nun, trotz der Vorarbeiten von Biermann und Wolff hier nochmals auf die Frage zurückkommen, so geschieht es, weil dieser das uns hauptsächlich interessierende Problem der rechtlichen Natur der nur scheinbaren Bestandteile nur ganz obenhin streift, jener es nur vom romanistischen Standpunkt aus behandelt, beide aber, wie wir glauben, den Grundgedanken germanischer Rechtsbildung, die zu der durchgreifenden Scheidung des Liegenschafts- und Fahrnisrechtes geführt haben, nicht gerecht werden.

Der Gegensatz von beweglichen und unbeweglichen Sachen ist ja auch dem römischen Recht bekannt, und in der Tat dürfte es wohl kaum ein Recht geben, das ihn nicht kannte. Denn er ist in der Natur begründet und er äussert sich aufs schärfste in den einfachsten Beziehungen des Menschen zu den Sachen. Welch ein Unterschied zwischen dem Besitz einer Liegenschaft und dem einer Fahrnissache! Hören wir Eugen Huber, den genialen Verfasser des Vorentwurfes eines Schweizerischen Zivilgesetzbuches [3]): „Was will es sagen, auf einem Grundstück zu stehen, in einem Hause zu wohnen, im Vergleich zu der Herrschaft, die der Besitzer über eine bewegliche Sache ausübt! Er kann sie weggeben, wegwerfen, verändern, zerstören. Und der Grundbesitzer vermag höchstens die Nutzungen zu ziehen, andre von seinem Grundstück auszuschliessen, die äusserste Oberfläche geringfügig zu verändern". Und in wirtschaftlicher Beziehung, welcher Gegensatz zwischen Fahrnis und Liegenschaften! Jene dient den augenblicklichen Bedürfnissen

[1]) Fischers Abh. 6. 2, 9 ff. [2]) 19 ff., für § 95 siehe 20 a. 38, 72.
[3]) Erläuterungen zum Vorentwurf 3 (1902), 19.

des gegenwärtigen Inhabers, dem allgemeinen Verkehr, geht aus einer Hand in die andere, um nach kürzerer oder längerer Zeit überhaupt aus dem Rechtsleben zu verschwinden. Doch das Grundstück ist ein Teil des Erdkörpers, es besteht, solange die Erde steht und Menschen wohnen. Es begründet auf Generationen hin die Existenz ganzer Familien. Aus einzelnen Grundstücken bestehen die Ortschaften, besteht der Staat. Es ist ein unzerstörbarer Teil des Vaterlandes. Es dient dem Ganzen, dem grossen Organismus, dessen Glieder wir sind, und nicht nur dem einzelnen, dem zufälligen Besitzer.

Dieser Gegensatz drängt sich nun auch dem Rechtsleben in Zeiten primitiver Kultur mit Notwendigkeit auf. Denn Individualrechte entstehen am beweglichen Gut viel früher als am Grund und Boden. Ja selbst in Zeiten, wo auch die Gemeinschaft der Rechtssubjekte, das Volk, noch keinerlei Recht an Teilen des Erdkörpers geltend macht, wo es noch als Nomadenhorde von Ort zu Ort zieht und den Grund und Boden für frei und herrenlos ansieht wie Luft und Wasser, da besitzt der einzelne bereits seine Kleidung und vor allem seine Waffen, für ihn ein kostbarer Schatz. Da folgt schon das Leibross dem Winke des Herrn und keinem anderen; und keiner darf es ohne des Herrn, des Eigentümers Willen besteigen. Und stirbt der Krieger, so erkennt die Horde das Eigentum des einzelnen noch nach dem Tode an. In Wehr und Waffen, in vollem kriegerischem Schmuck wird er beigesetzt, und sein Kriegsross folgt ihm im Tode, am Grabe des Herrn geopfert, damit er würdig einreiten könne in Asgards Hallen und im Kampfe der Einheriar sein gutes Schwert nicht misse.

Wenn dann, Jahrtausende später, Grundbesitz und Grundeigentum des Einzelnen sich bildet, dann kann wohl ein Volk mit abstrakt-juristischer Begabung wie die Römer den juristischen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ganz oder fast ganz fallen lassen. Zur juristischen Begriffsbildung ist er, weil er nur in der Natur, nicht in der Abstraktion begründet ist, nicht erforderlich. Ein Volk aber, das wie das deutsche die wirtschaftlichen und Gemeinschaftsgedanken am höchsten stellt, wird ihn beibehalten und tiefer ausbilden. Stellt das römische Recht das abstrakte Herrschaftsrecht des

Individuums an die Spitze seines Rechtssystems, so achtet das deutsche Recht in strengstem Gegensatz dazu das Individuum stets nur als Glied eines Gesamtkörpers. Es schützt nicht das Recht des einzelnen, bloss weil er die und die Berechtigung erworben hat, sondern nur soweit dieses Individualrecht in seiner Erscheinung und Betätigung der Gesamtheit gegenüber Rechtsschutz verdient. Nur was jeder als Recht erkennen kann, soll Rechtsschutz geniessen. Nicht das nackte Recht des Individuums, das sich in den Stachelpanzer der subjektiven Berechtigung verkriecht und jede Berührung mit der Aussenwelt ablehnt, ist das wahre Recht. Sondern das ist Recht, was jeder frank und frei wie ein Schildkleinod zur Schau trägt, kundbar den Volksgenossen, den Markgenossen, den Standesgenossen. Das ist der Grundsatz der Kundbarkeit, das Publizitätsprinzip des deutschen Rechts.

Und dieser Grundsatz der Kundbarkeit, der sich im deutschen Sachenrecht kraft der erwähnten Grundverschiedenheit der tatsächlichen Herrschaft über Liegenschaften und über Fahrnis in einer grundverschiedenen Durchbildung der Gewere an Fahrnis und an liegendem Gut äussert, er beherrscht auch unser modernes deutsches Sachenrecht. In zwei verschiedenen Kundbarkeitsformen offenbart sich uns das dingliche Recht, in der Grundbucheintragung bei liegendem Gut, im Besitz bei beweglichen Sachen [1]). Es ist daher die Frage, wie sich beide Arten von Sachen scheiden, keine nebensächliche Frage für unser bürgerliches Recht.

Das begrifflich so klare und einfache römische Sachenrecht hat, wie gesagt, auf diese Scheidung wenig Wert gelegt. Gerade darum hat es sich der wichtigen Aufgabe, den Grundbesitz als sozialen und wirtschaftlichen Faktor im Staatsleben zu stützen und zu fördern, nicht gewachsen gezeigt. Es „hat den Grundbesitz zwar an Verkehrsfähigkeit der Kaufmannsware angenähert", ihm aber die zur Erhaltung der Familie und eines

---

[1]) Für diese Gedanken sind, wie bekannt, grundlegend gewesen Eugen Huber, Die Bedeutung der Gewere 1894, und Otto Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes 1897 (Fischers Abh. 1. 4). In Hubers Entwurf sind sie durchgeführt; die Abt. 3 des Sachenrechts führt die Überschrift „Besitz und Grundbuch".

freien Bauernstandes nötige Sicherheit entzogen. Der Ruin des Mittelstandes und das Überwuchern des Kapitalismus auch in der Landwirtschaft, die Bildung des Latifundienwesens, wirkte mit zum Zusammenbruch des römischen Weltreichs. Das deutsche Recht hat diesen Fehler vermieden, indem es auch zu Zeiten fortgeschrittener Kultur Fahrnis und Liegenschaften nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich schied; und das moderne Recht ist, wie gesehen, seinem Beispiel gefolgt. Das äusserliche Merkmal der Unterscheidung nun ist im deutschen Recht ursprünglich dasselbe wie im römischen. Fahrnis sind alle Sachen, die unbeschadet ihrer Existenz von einem Ort zum andern fortbewegt werden können, „was man getrîben und getragen mag". Liegenschaft ist Grund und Boden und alles, was niet- und nagelfest, erd- oder mauerfest damit verbunden ist.

Neben dieser tatsächlichen Unterscheidung einher geht jedoch eine wirtschaftliche, die freilich mit jener in den meisten Fällen zusammenfällt. Sie beruht auf der verschiedenen Bedeutung der Gewere als eines wirtschaftlichen Begriffes. Gewere hat nur, „wer sich tatsächlich als Herrn einer Sache erweist, indem er sie in selbständiger Rechtsausübung beherrscht". Wer nur für einen andern innehat, wem als Knecht, als hörigem Handwerker eine Sache für den Herrn übergeben ist, wer ein Grundstück als Verwalter inne hat, der hat nicht die Gewere. Diese selbständige Herrschaft nun äussert sich verschieden bei Liegenschaften und Fahrnis. Wir wiederholen es: Liegenschaften kann man nicht in die Tasche stecken, nicht wesentlich verändern, ihre Substanz nicht zerstören. Ihr wirtschaftlicher Wert besteht in der Nutzung; und in der Nutzung äussert sich die tatsächliche Herrschaft über ein Grundstück. Darum spricht das deutsche Recht dem die Gewere an Liegenschaften zu, der die Nutzungen daraus zieht, sei es nun in natura oder als Zins. Anders aber als bei liegendem Gut äussert sich die tatsächliche Herrschaft bei fahrender Habe. Ist dort das Nutzen der wirtschaftliche Zweck, so hier das Haben, wie schon das deutsche Wort Habe besagt. Der Wert einer beweglichen Sache liegt nicht nur in dem Gebrauch, den ich von ihr machen kann, sondern oft auch in der Möglichkeit ihres Verbrauches. Die tatsächliche Herrschaft aber äussert sich in der Möglichkeit

unbeschränkter Verfügung, besonders auch in der Möglichkeit, ihren Verkehrswert auszunutzen, sie zu veräussern. Diese Möglichkeit gewährt nur das körperliche Gewaltverhältnis, die Gewahrsam. Die Gewere an einer Fahrnissache hat daher, wer sie in Ausübung eines behaupteten Rechtes an der Sache in Gewahrsam hat. Wir können also im allgemeinen sagen[1]): Die liegenschaftliche Gewere fällt zusammen mit der Nutzung, die Fahrnisgewere mit der Gewahrsam der Sache. Dennoch wird diese Ausdrucksweise der Fahrnisgewere nicht völlig gerecht. Sie gibt nur den Normalfall der tatsächlichen Herrschaft über die einzelne Fahrnissache an. Es gibt aber zahlreiche bewegliche Sachen, die wir nicht unter besonderer Obhut, unter besonderem Verschluss haben, die nicht unserer dauernden, unmittelbaren Einwirkung unterliegen und über die wir ganz gewiss doch eine tatsächliche Herrschaft ausüben. Es sind das alle die Sachen, die einem grösseren Herrschaftsbereich angehören, von denen die einzelne wohl unserer unmittelbaren Gewalt entschwinden kann, an deren Gesamtheit unsere Herrschaft jedoch fortdauert. Es gehören hierher das Vieh auf der Weide, landwirtschaftliche Gerätschaften, die auf einem Ackergrundstück unbeaufsichtigt liegen, Waren auf den Lagerplätzen des Kaufmanns. Auch an diesen Sachen besteht eine Gewere trotz mangelnder Gewahrsam. Doch unterscheiden die Quellen scharf zwischen beiden Arten tatsächlicher Herrschaft: Die Gewere an einer beweglichen Sache ist stets die Gewahrsam; aber Sachen, die ohne besondere Gewahrsam auf meinem Grundstück sich befinden, sind in meiner Gewere. Denn ein Grundstück bildet einen besonderen Herrschaftsbereich für sich, der auch darauf befindliche bewegliche Sachen umfassen kann. Auch dieser Herrschaftsbereich ist Gewere. Bin ich der Herr dieses Herrschaftskreises, so ist alles, was sich darin befindet, in meinen Weren, wie die Quellen sagen. Der Unterschied ist wesentlich für die Entscheidung der Frage, wann die Gewere verloren geht. An Sachen in besonderer Gewahrsam geht die

[1]) Den Germanisten bringe ich hier bekanntes; doch kann man, wie ich glaube, diese Gedanken nicht oft genug wiederholen, wo es sich um Belebung unseres geltenden Rechtes durch unzerstörbare germanische Rechtsideen handelt.

Gewere verloren, wenn sie aus der Gewahrsam kommen. Sachen in Geweren kommen aus meiner Gewere, wenn sie aus meinem Herrschaftsbereich, z. B. von meinem Grundstück entfernt werden, aber auch dann, wenn ich die Herrschaft über diesen ganzen Bereich verliere, z. B. der Gewere des Grundstücks entsetzt werde.

Auch damit aber sind noch nicht alle Fälle der Fahrnisgewere erschöpft. Die Schmiegsamkeit des deutschen Gewerebegriffes, die den verschiedensten wirtschaftlichen Erfordernissen genüge tun lässt, gestattet noch weitere Unterscheidungen. Einerseits bilden Fahrniskomplexe, die wirtschaftlich zusammengehören, wie ganze Vermögen, Warenlager usw. gleich den Liegenschaften einen selbständigen Herrschaftsbereich für sich. Auch an ihnen besteht daher eine Gewere. Ein wichtiger Fall ist die Gewere an einer Erbschaft. Andererseits gibt es auch einzelne bewegliche Sachen, an denen eine besondere Herrschaft ohne Gewahrsam bestehen kann, weil sie einen Herrschaftsbereich für sich bilden. Dahin gehören grössere Schiffe. An ihnen kann ebenso wie an Liegenschaften mehrfache Gewere bestehn, was sonst bei Fahrnis ausgeschlossen ist. Wird ein Schiff vermietet oder ein Zins darauf gelegt, so steht dem Empfänger des Zinses eine Zinsgewere (mittelbarer Besitz) zu, die neben der unmittelbaren Gewere Platz findet. Für die Gewere an einem Schiffe gelten also in vieler Hinsicht Rechtssätze, die sonst nur auf Immobilien Anwendung finden. Die Schiffe sind schwimmende Gebäude oder, wie man es wohl ausgedrückt hat, die Immobilien des Handelsrechts. Doch wäre es falsch, ihnen deshalb die Eigenschaft beweglicher Sachen abzusprechen, wie man es früher getan hat. Das Schiff ist ja seiner Natur nach zum Bewegtwerden bestimmt; merkwürdig wäre es, wenn das Recht es für unbeweglich erklären wollte. Die Ausnahmestellung der Schiffe ergibt sich eben nur aus der Möglichkeit einer besonderen Gewere an ihnen. Soweit diese nicht in Betracht kommt, unterliegen sie den Rechtssätzen, die aller Fahrnis gemeinsam sind. Sie sind also grundsätzlich Fahrnis und unterliegen nur in einzelnen, allerdings wichtigen Richtungen solchen Bestimmungen, die sonst nur im Liegenschaftsrecht Geltung haben. Da an ihnen mehrfache Gewere möglich ist, ist auch

Eigentumsübertragung an Schiffen ohne tatsächliche Übergabe möglich[1]). Auf demselben Grunde beruhen die Besonderheiten des älteren und heutigen deutschen Schiffspfandrechts.

Wirtschaftliche Gesichtspunkte sind es also, die das deutsche Recht veranlassen, die Fahrnisgewere unter Umständen nach Art der Gewere an Liegenschaften umzugestalten. Sie sind es auch, die bei der Entscheidung der Frage massgebend sind, wieweit bewegliche Sachen, die mit einem Grundstücke als der Hauptsache, rechtlich oder tatsächlich verbunden werden, der Hauptsache folgen, also den Grundsätzen des Liegenschaftsrechts unterworfen werden. Bewegliche Sachen, die durch solche Verbindung Zubehör einer Liegenschaft werden, behalten natürlich, wenn sie nicht niet- und nagelfest mit dem Grundstück verbunden werden, tatsächlich ihre Eigenschaft als bewegliche Sachen. Doch rechtlich finden sie, solange sie Zubehör sind, ihren Ausdruck nur in der Gewere über das Grundstück; sie sind also ein Gegenstand des Liegenschaftsrechtes geworden. Ein wichtiger Fall des alten Rechtes, der deutlich diesen Rechtszustand zeigt, ist der servus casatus. An und für sich war der Knecht seiner Natur gemäss eine bewegliche Sache. Wurde er aber auf einem Grundstück angesiedelt, das er für den Herrn zu bewirtschaften hatte, so galt er als pars fundi, als glebae adscriptus. Er konnte als Zubehör der Scholle nur mit dieser veräussert werden. Der Rechtsgrund des Satzes war die wirtschaftliche Einheit, die Knecht und Grundstück zusammen ausmachten. Die Pertinenzeigenschaft ergreift also die Sache selbst. Sie dient nicht nur, wie im römischen Recht, als Auslegungsregel für Rechtsgeschäfte. Denn die Gewere an einem Grundstück äussert sich ja, wie wir gesehen haben, in der Nutzung. Die Gewere umfasst also alles, was der Nutzung, dem wirtschaftlichen Betriebe des Grundstücks, zu dienen bestimmt ist. Bei einem landwirtschaftlichen Grundstück ist daher alles Wirtschaftsgerät, alles Vieh usw. Zubehör des Grundstücks und geht mit Übertragung der Gewere an dem Grundstück in die Gewere des Erwerbers über. In diesem Sinne wird der Ausdruck mansus vestitus für die Hufe mit allem Zu-

---

[1]) Vgl. § 474 HGB.

behör gebraucht. Ebenso ist Pertinenz des Brauhauses alles, was dem Wirtschaftsbetriebe der Brauerei dient. Man sieht: das ist der Zubehörbegriff unseres bürgerlichen Rechts.

Wie nun nach deutscher Auffassung die Rechtsordnung den Zubehörbegriff mit Rücksicht auf die Wirtschaftsordnung regelt, so ist auch die Bestandteilseigenschaft durch wirtschaftliche Erwägungen bestimmt. Das ist ja eigentlich, nach allem, was wir bisher gesagt haben, selbstverständlich. Der Bestandteil bildet mit der Hauptsache zusammen ein Ganzes. Ein Zweck beherrscht die einheitliche Sache, eine Gewere beherrscht sie. So gibt denn die Parömie „wat darane is ertvast und neghelvast, dat höret dar to“ [1]), den deutschen Rechtszustand hinsichtlich der mit einem Grundstück dauernd verbundenen Sachen nicht völlig wieder. Denn ausser auf die tatsächliche Verbindung kommt es auch auf das wirtschaftliche Moment an, dass die verbundene Sache dem Grundstück einverleibt ist, um dauernd mit diesem zusammen denselben Zwecken zu dienen. Von diesem Gesichtspunkt aus sah das alte Recht in der Errichtung eines Hauses keine Einfügung eines Bestandteils, sondern behandelte das Gebäude als Fahrnis. Denn in der ältesten deutschen Wirtschaftsperiode war ja mit dem Wechsel der Felder zugleich ein Wechsel der Wohnstätten verbunden. Das leicht gezimmerte Haus wurde abgebrochen und anderwärts wieder aufgebaut. Aber auch noch bis weit in das Mittelalter hinein war das deutsche Haus auch in den Städten aus Holz gebaut und ohne Fundamente einfach auf den Boden aufgesetzt. Darum galt es, wenigstens in einigen Gegenden Süddeutschlands und der Schweiz überhaupt nicht als pars fundi sondern als Fahrnis nach dem Grundsatz: Was die Fackel verzehrt, ist Fahrnis. Die meisten Rechte des Mittelalters aber beantworteten die Frage verschieden, je nach den obwaltenden wirtschaftlichen Rücksichten. Tünede und timber, d. h. Zaun- und Zimmerholz zum Hausbau, pflegte der Mann seiner Frau bei Begründung der ehelichen Gemeinschaft als Morgengabe zu geben. Das daraus auf dem Grundstück des Mannes errichtete Haus stand während der Ehe im Eigentum der Frau, und sie darf es,

[1]) Goslarische Statuten, herausgeg. von Göschen 1840, 26 Z. 23.

wenn sie als Witwe das Grundstück verlässt, abbrechen und mitnehmen, doch so, dass sie die Erde nicht verwunde. Das war auch, wie uns der Sachsenspiegel berichtet, ganz feststehende Übung [1]).

Dennoch aber ist nach dem Sachsenspiegelrecht das Haus bereits Pertinenz, wenn auch noch nicht Bestandteil der Liegenschaft. Die Frau, die nach dem Tode ihres Mannes als Leibzüchterin auf dessen Gut sitzen bleibt und ein Haus errichtet, hat zwar jederzeit das Recht, es abzubrechen und auf ihr Eigen zu setzen und damit die Zubehöreigenschaft zu beseitigen; doch dieses Recht steht nur ihr kraft ihrer Leibzucht zu [2]). Die Leibzucht endet aber mit ihrem Tode; darum haben die Erben der Frau keinen Anspruch auf das Gebäude. Mit dem Tode der Frau bleibt das Eigentum dem Erben des Mannes als dem Eigentümer der Liegenschaft. Das Haus folgt als Pertinenz dem Grundstück. So ist also der wirtschaftliche Zweck für das Eigentum an dem Gebäude massgebend. In diesem Fall bestand dieser Zweck eben darin, der Leibzüchterin auf Lebenszeit zu dienen; nachher ist er beseitigt, und das Haus dient, wie sonst allgemein, nur den Zwecken des Grundstücks.

Auf demselben Gedanken beruht es, wenn deutsche Hofrechte sagen, Häuser seien fahrendes Gut gegenüber den Freunden, d. h. den Sippegenossen, und liegendes Gut gegenüber dem Herrn. In dieser Parömie kommt der Rechtssatz zum Ausdruck, dass der Grundherr, der Herr des Fronhofs, den Fall nicht von den Gebäuden erheben darf. Bei Erbgang in ein hofhöriges Grundstück, beim sogenannten Mannfall, und bei Wechsel in der Person des Herrn, dem Herrnfall, gebührte dem Herrn eine Abgabe, Fall oder Besthaupt genannt, die aus dem besten Stück der beweglichen Habe des Hörigen bestand. Die Gebäude sind nach unserm Rechtssatze also nicht Gegenstand der Abgabe, weil sie Pertinenz des Hofes sind, weil sie dem Grundstück wirtschaftlich zu dienen bestimmt sind. Ebenso kam dem Herrn weder an den Gebäuden noch an dem zur Bewirtschaftung des Gutes nötigen Mobiliar ein Pfändungsrecht für rückständigen Zins zu. Auch dieses galt dem Herrn

[1]) Ssp. Ldr. I 20 §§ 1, 2. [2]) Ssp. Ldr. III 38 § 4.

gegenüber als liegendes Gut und wird häufig als solches bezeichnet, weil es Zubehör des Hofes ist. Den Freunden gegenüber aber sind diese Sachen Fahrnis; der Erbgang erfolgte nach den für Fahrhabe geltenden Grundsätzen. In diesem Falle trat ihre Pertinenzqualität zurück gegenüber dem für Hof, Baulichkeiten und Besatz des Grundstücks gemeinsamen Zweck, als wirtschaftliche Grundlage der Familie zu dienen.

Dieser Gedanke nun, dass es bei rechtlicher oder tatsächlicher Verbindung einer Sache mit einem Grundstück auf den wirtschaftlichen Zweck der Verbindung ankomme, ist auch von Bedeutung für den Fall, dass die bewegliche Sache zu einem vorübergehenden Zweck oder von einem Andern, der nicht Eigentümer ist, für seine Zwecke mit dem Grundstück verbunden worden ist. In beiden Fällen tritt weder Zubehör- noch Bestandteilseigenschaft der verbundenen Sache ein. Wenn ein Handwerker eine Maschine, einen Kessel usw., in ein Haus einmauert, ein Gelehrter seine Bücherschränke in die Wand einlässt usw., so dient diese Art der Verbindung nicht dem wirtschaftlichen Zwecke des Hauses, sondern den persönlichen Zwecken dessen, der sie anbringt. Darum schliesst denn auch das Rechtsbuch nach Distinktionen[1]) das mehrfach angeführte Rechtssprichwort hinsichtlich der von einem Handwerker in den Boden eines Hauses eingegrabenen und eingemauerten Gegenstände seines Gewerbes aus: „dy ertfestenunge heyst nicht des huses ertfestenunge; es ist irdocht durch des hantwerkes willen unde gehort nicht zu deme huse". Diese Sachen werden weder Bestandteil noch Zubehör[2]) des Grundstücks, weil sie nicht dem ewigen, dem Grundstück innewohnenden Zweck, sondern dem persönlichen, vorübergehenden Zweck des Einzelnen dienen. Aber auch der Niessbraucher, der Pfandbesitzer eines Grundstücks, der zur Aufnahme der Früchte des Grundstücks

---

[1]) II 1 dist. 13 (Ortloff 102); vgl. die ausführlichen Vorschriften dist. 7—18.

[2]) Anders, wenn auch das Grundstück dem Gewerbe dient; Friese und Liesegang, Magdeburger Schöffensprüche 1, 170 f. Nr. III B. 171: Eine in einem öffentlichen Brauhause eingemauerte Braupfanne dient wie das Haus dem gemeinen Gute und folgt daher dem Grundstück. Ebenso Rb. n. Dist. II 1 dist. 11.

darauf eine Scheune oder ein anderes Gebäude errichtet, fügt dieses nicht dem Grundstück als Bestandteil ein, macht also durch die Verbindung den Eigentümer der Liegenschaft nicht zum Eigentümer des Hauses, wie nach römischem Recht. Denn er handelt in Ausübung seines eigenen Rechtes, zu seinen eigenen Zwecken; ihm fehlt der Wille, dem Hause der Zweck, dem Grundstück zu dienen. Darum darf er das errichtete Haus veräussern, es bei Beendigung des Rechtes an der Sache einreissen und das Material mitnehmen[1]). Es kommt nicht darauf an, dass etwa die Scheune sehr wohl geeignet ist, auch dem Zweck des Grundstücks zu dienen; sie war eben tatsächlich nur für Zwecke des Niessbrauchers errichtet.

Die völlige Übereinstimmung der geschilderten Grundgedanken des deutschen Sachenrechtes mit unserm geltenden bürgerlichen Recht macht es zweifellos, dass es sich bei diesem um eine organische Fortbildung germanischen Rechtes im modernen Sachenrecht handelt. Bei dieser Lage der Dinge dürften historische Gründe bei der Entscheidung der Frage, ob diese Nichtbestandteile Fahrnis oder liegendes Gut sind, wohl mit Fug schwer ins Gewicht fallen. Wir haben an Beispielen gesehen, dass das deutsche Recht da, wo wirtschaftliche Gründe es fordern, der Anwendung einzelner Rechtssätze des Liegenschaftsrechtes auf Fahrnis nicht widerstrebt, diese aber doch grundsätzlich stets als das, was sie ist, als Fahrnis behandelt. Der Schluss dürfte also wohl nicht zu gewagt sein, dass solche nur scheinbare Bestandteile, soweit sie ihrer Natur nach zu den unbeweglichen Sachen zu zählen sind, zwar in manchen Beziehungen den Regeln des Fahrnisrechts unterworfen sein mögen, grundsätzlich aber auch rechtlich als Immobilien anzusehen sind.

Der Quellenbefund bestätigt diesen Schluss. Das ältere deutsche Recht erachtet Werke, die mit fremdem Grund und Boden verbunden und daher nicht dessen Bestandteil sind, für selbständige Liegenschaften. Ein Beispiel solcher Anlagen, das in den Quellen besonders häufig wiederkehrt, bietet die in ein Haus oder Grundstück eingemauerte und eingelassene

---

[1]) Siehe die Quellenbelege bei Wolff a. a. O. 9 ff.

Braupfanne aus Holz und Eisen oder der schwere eingegrabene oder eingemauerte kupferne Braukessel [1]). Solche Pfannen waren häufig, wenn der Brauer nicht Hauseigentümer war, auf fremden Grundstücken angebracht. Sie verlockten aber auch als erhebliche Wertobjekte zur Veräusserung und Verpfändung zwecks Beschaffung des Betriebskapitals für die Brauerei. In diesem Falle pflegte der Erwerber oder Pfandnehmer sie dem Brauer gegen einen Zins zur Miete zu überlassen. Ich zitiere einige Lübecker Stadtbucheintragungen:

Albertus Lichtenaw presens libro recognovit, quod stat in domo sua prope Trauenam aput domum Ludekini Holsten una sartago braxatorialis, unus mangnus caldarius cupri ponderis duas libras naualibus et quatuor lyspunt cum ipsorum afferramentis permurata Detlevo Erpen appertinere. Et idem Albertus recognouit, se prefatam sartaginem et caldarium a dicto Detlevo Erpen conduxisse in huram, pro quibus sibi annuatim dabit due marce lub. den. pro hura etc. [2]).

Solche in fremdem Eigentum stehende Gefässe wurden im Stadtbuche auf den Namen ihres Eigentümers eingetragen:

De ersame her Ficke Runghe, vicarius to Dartzaw, vor dessem boke heft bekant . . ., dat he rechtes u. redeliken kopes vorkofft hebbe . . . deme Ersamen hern Marquarde Rutze, officiali in Unser leven frouwen kerken binnen Lubek in u. uth ziner bruwpannen, so de in der vleshouwer straten in Hans Wiggerdes huse bemuret und eme (Ficke Runghe). . . togescreven steit, dree mark Lub. pagiment iarliker erffliker rente vor XLV mr. hovetstols, alle iar uppe Winachten umbeworn to betalende etc. [3]).

Braupfannen können also wie andere Liegenschaften Gegenstand einer Grundrente sein. Die Eigentumsübertragung an ihnen erfolgt durch Auflassung:

Johan van der Heide vor deme boke heft vorlaten, vorkoft, vorlatet unde uplatet sine bruwpannen mit erem yserwercke, alse de steit bemuret mit eren tobehoringen in dessulven Johans

[1]) Ich habe auf diese Objekte schon bei anderer Gelegenheit hingewiesen, Neuere Satzung von Fahrnis u. Schiffen 1903, 58 f.

[2]) Niederstadtb. 1425; Urk.-B. d. St. Lübeck 6 Nr. 702.

[3]) Nstb. 1466; Pauli, Abh. a. d. Lüb. Rechte 4 (1865), Urk.-B. B. Nr. 93.

van der Heide huse in der Beckergrouen, Jacobe Hildebrande deme smede, vor hundert mark lub. pen., de Johan to siner genoge van Jacobe heft entfangen, welke pannen mit eren tobehoringen Johan van der Heide van Jacobe wedderumme heft entfangen dree jar lanck to hure, dar Johan jarlikes VI Mark lub. Jacobe vore to hure schal vnde wil geven unbeworen [1]).

Diese Quellenbelege, die hier nur als Beispiele dienen sollen [2]), beweisen zur Genüge, dass ihrer Natur nach unbewegliche Anlagen auf fremdem Boden nach deutscher Rechtsauffassung auch juristisch selbständige Immobilien sind, und als solche behandelt werden. Auch der Anwendung des formellen Grundbuchrechtes auf diese Sachen stand solange nichts im Wege, als man noch nicht das System der Realfolien unter Beschränkung auf Grundstücke angenommen hatte. So hat sich denn dieser Rechtszustand zum Teil sehr lange erhalten, z. B. in Frankfurt a. M. bis in die neueste Zeit. Noch in der Mitte des 19. Jhs. befanden sich auf zahlreichen Grundstücken der Stadt sogenannte Schirnen, d. h. Fleischbänke, zumeist mehrere auf einem Grundstück, die im Eigentum eines anderen standen als das Grundstück mit dem darauf errichteten Haus. Nach einer Entscheidung des OAG. zu Lübeck vom 20. März 1855 [3]) stand dem Schirneninhaber an dieser „eine durchaus selbständige, von dem Eigentumsrechte am Hause durchaus unabhängige rechtliche Herrschaft zu". Es handelt sich um „durchaus selbständige, den liegenden Gütern zuzurechnende Rechtsobjekte, die in den öffentlichen Büchern eigene Bezeichnungen führen, deren Veräusserung und Verpfändung unabhängig von dem Rechte am Hause selbst, in dem sie sich befinden, stattfindet, über welche Währschaft geleistet wird, und von denen gleiche Abgaben, wie von Häusern, bezahlt werden". „Gegen die Annahme, dass

[1]) Nstb. 1445; Urk.-B. Lüb. 8 Nr. 288.

[2]) Vgl. die weiteren Zitate in meiner Neueren Satzung 58 f. Häufig sind auch Vergabungen von ideellen Teilen solcher Pfannen usw., ganz wie bei Grundstücken; Zerbster Schöffenbuch 1338—39 Nr. 140 (Mitt. d. Ver. f. Anh. Gesch. 8, 1902, 294): Uxor Scultepennighes dedit Hinrico, filio suo, XII marcas et unum quartale de una panna cum qua solet braxari . . .

[3]) Seufferts Archiv 9, 347 ff.

dem B über seinen Schirnenraum eine nach den Grundsätzen des Eigentums zu beurteilende selbständige Herrschaft zustehe, könne nicht geltend gemacht werden, dass sich die Schirne nur als ein Teil des Hauses darstelle, welches doch im Eigentum des A stehe". Die Grundsätze über das Stockwerkseigentum kämen daher, wie das Gericht mit Recht ausführt, nicht in Betracht.

Nach alledem dürfte folgendes erwiesen sein:

1. § 95 BGB. ist eine, wenn auch den Redaktoren unbewusste Fortbildung älteren deutschen Rechts.

2. Dieses behandelte ihrer Natur nach unbewegliche, mit einem Grundstück zu einem vorübergehenden Zwecke oder von einem anderen in Ausübung eines Rechtes verbundene Sachen als selbständige unbewegliche Sachen.

3. Die Anwendung einzelner Rechtssätze des Fahrnisrechts auf solche Sachen würde dem Sinne des deutschen Rechtes nicht widersprechen, da dafür nicht allein die natürliche Beschaffenheit der Sachen, sondern wirtschaftliche Gründe verschiedener Art massgebend sind, insbesondere für die Anwendung mancher Liegenschaftsnormen ausschlaggebend ist, ob die Sachen einer besonderen Gewere nach Art der Grundstücke fähig sind.

4. Unter einem vorübergehenden Zwecke (vgl. zu 2) ist jeder Zweck zu verstehen, der die Sache, entgegen dem dauernden, dem Grundstück innewohnenden Zweck in den wirtschaftlichen Dienst eines anderen als des Grundstückseigentümers stellt. Es fällt also darunter jede Anlage auf Grund eines persönlichen Rechtes (Miete, Pacht), die den persönlichen Zwecken des Berechtigten zu dienen bestimmt ist, mag das Recht auch auf noch so lange Dauer berechnet sein. Darauf, ob die Sache geeignet ist, auch dem Zweck des Grundstücks zu dienen, kommt es nicht an.

Da nun unser bürgerliches Recht

a) die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile nicht besonders regelt,

b) den Begriff „Grundstück" dem Begriff „unbewegliche Sache" nicht gleich setzt,

c) weder den Begriff der unbeweglichen noch den Begriff der beweglichen Sache definiert, so folgt:

1. Die nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks sind, soweit sie ihrer Natur nach unbeweglich sind, auch rechtlich grundsätzlich als unbewegliche Sachen zu behandeln; denn mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift besteht keine Möglichkeit und keine Veranlassung, von dem im Einklang mit der Natur dieser Sachen und dem gesunden Menschenverstande stehenden gemeinen deutschen Gewohnheitsrecht abzugehen, das sie als unbeweglich behandelt[1]).

2. Die Frage, ob solche Sachen ihrer Natur nach beweglich oder unbeweglich sind, beantwortet sich nach den allgemeinen Regeln. Die Sachen sind dabei als selbständige Sachen ins Auge zu fassen. Es kommt also nicht sowohl auf die Art ihrer Verbindung mit dem Grundstück und die mehr oder minder grosse Erheblichkeit der Eingriffe an, die durch ihre Anbringung oder Beseitigung an dem Grundstück erforderlich werden, sondern darauf, ob die Sachen so, wie sie in ihrer Verbindung mit dem Boden für sich selbst eine wirtschaftliche Einheit, ein Sachganzes, bilden, unbeschadet dieses ihres Wesens von der Stelle gebracht werden können. Als unbeweglich müssen wir also zunächst alle Bauwerke ansehen; denn solche müssen, um transportiert zu werden, in ihre Bestandteile zerlegt werden; nur die getrennten Baumaterialien sind beweglich. Darauf,

---

[1]) Auch aus den Materialien zum BGB. ist, wie oben gesehen, kein Anhaltspunkt für die gegenteilige Meinung zu entnehmen. Aus § 146 des Vorentwurfs des Redaktors Johow zum Sachenrecht könnte man zwar schliessen, dass Gebäude auf fremden Grundstücken beweglich sein könnten; denn bei Behandlung der Verbindung beweglicher Sachen mit Grundstücken wird dort in Satz 2 ausdrücklich hervorgehoben, dass die Bestimmung des § 107, die vom Überbau handelte, nicht davon berührt werde. Der Satz wurde jedoch aus nicht hierher gehörigen Gründen in erster Lesung gestrichen (I Prot. 4055) Eine Äusserung in den Protokollen erster Lesung, in der Aufstellung der Regel, dass eine bauliche Anlage im Sondereigentum des Erbbauberechtigten stehe, liege eine Durchbrechung der Grundsätze über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen (I Prot. 4337), wird in ihrer Beweiskraft vernichtet durch die Begründung eines Abänderungsbeschlusses derselben Kommission zu § 9 (I Prot. 3330), die sogar für andere mit einem fremden Grundstück verbundene Sachen die Bezeichnung als bewegliche ablehnt: „Von beweglichen Sachen könne man nicht füglich reden, da dieselben einstweilen immobilisiert seien". Für Einsicht der mir in Jena nicht zugänglichen Protokolle danke ich Freund Hedemann in Breslau.

dass es der modernen Technik unter Anwendung besonderer Vorrichtungen unter Umständen möglich ist, auch ein massives Gebäude als Ganzes auf Rollen zu setzen und an andere Stelle zu bringen, kann es nicht ankommen, da solche Translokationen zum mindesten bei uns nicht verkehrsüblich und auch nur unter Anwendung unverhältnismässig kostspieliger und umständlicher Vorkehrungen möglich sind. Anders steht es um Gebäude, die dazu bestimmt sind, von Ort zu Ort bewegt zu werden, wie Zirkusgebäude etc. Sie sind schon ihrer wirtschaftlichen Bestimmung nach bewegliche Sachen. Die Materialien, aus denen sie bestehen, pflegen auch so zusammengesetzt zu sein, dass sie leicht wieder zu trennen und von neuem zusammenzufügen sind. Sie erscheinen mehr als eine aus zahlreichen beweglichen Sachen bestehende Gesamtsache, denn als eine einfache Sache. Dasselbe gilt für Bretterbuden, Baracken usw. Sie sind stets bewegliche Sachen, mag auch ihr Errichter nicht die Absicht gehabt haben, künftig ihren Standort zu verändern. Die Mobiliarqualität bestimmt sich objektiv durch die allgemeinen Verkehrsanschauungen. Alle anderen Bauwerke dagegen müssen wir als unbewegliche Sachen ansprechen, mögen sie nun den Zweigen des Hochbaues oder des Tiefbaues angehören: Tunnel, Brunnenschächte, Eisenbahndämme, -Brücken und sonstige -Oberbauten sind unbeweglich, ebenso aber auch unterirdisch gelegte Rohr- und Kabelnetze; denn sie sind als solche, als einheitliche Werke und Anlagen, nicht transportabel. Von der Stelle entfernt werden können nur die einzelnen Rohre und Kabel; vielfach ist aber auch die Zerlegung solcher Anlagen in ihre Bestandteile nur unter Zerstörung einzelner Teile möglich. Als unbewegliche Werke werden schliesslich auch die meisten Denkmäler, Anschlagsäulen usw. aufzufassen sein; doch nähern wir uns hier der Grenze, wo tatsächlich und demnach auch rechtlich die Beweglichkeit beginnt. Ein als Denkstein zugehauener Felsblock, der ohne Fundamente auf den Boden gesetzt ist, ein Kruzifix, das mittels einer steinbeschwerten Eisenstange in der Erde befestigt ist, beide können, so wie sie sind, auf einen Wagen geladen und von dannen gefahren werden. Es ist Tatfrage, ob solche Sachen beweglich oder unbeweglich sind. Das gleiche gilt von Maschinen. Eine Dynamomaschine

mittlerer Grösse, ein Gasmotor wird auch dann als beweglich zu erachten sein, wenn die Maschine zur Herstellung eines sicheren Standortes auf gemauerte Fundamente aufgesetzt ist; die Maschine selbst bleibt transportabel. Von den Maschinenanlagen eines Wasserhebewerkes mit ihren riesigen ummauerten Dampfkesseln und haushohen Dampfpumpen, von den Anlagen eines Elektrizitätswerkes wird man das nicht behaupten können; sie müssen unter Zerstörung ihrer wirtschaftlichen und tatsächlichen Einheit abgetragen werden wie ein Gebäude. Gegen die hier vorgetragene Ansicht hat man eingewendet, dass die Grenze der Immobiliarqualität dabei unbestimmt und haltlos werde [1]. Das ist erstens kein Gegengrund und zweitens kein Mangel. Es handelt sich hier um eine Scheidung nach tatsächlichen und wirtschaftlichen Eigenschaften der Sachen, die im Einzelfalle dem Richter wohl überlassen werden kann. Es wäre ein Fehler des Rechts, da scharfe Grenzen ziehen zu wollen, wo im Leben keine bestehen.

3. Wie im älteren deutschen Recht die Normen des Liegenschaftsrechtes, wie oben gesehen, da Anwendung zu finden haben, wo eine Sache einen besonderen Herrschaftsbereich, eine besondere Gewere, zu bilden imstande ist, so werden auch die Vorschriften unseres bürgerlichen Rechts, die für Liegenschaften gelten, auf die von uns behandelten Sachen nur soweit anzuwenden sein, als diese Sachen Gegenstand eines Herrschaftsbereiches sind, der der mittelalterlichen Gewere entspricht. Unser Reichsrecht gibt nun keine Normen, die unmittelbar für alle unbeweglichen Sachen gelten, sondern nur solche für Grundstücke und für Gebäude. Dass die letzteren auf unsere Sachen, soweit sie Gebäude sind, anzuwenden sind, ist kein Zweifel. Aber auch die Vorschriften des Grundstücksrechts sind durch Analogie auf die Sachen des § 95 zu erstrecken, soweit die eben genannte Voraussetzung gegeben ist; denn gerade die Grundstücke sind auch für das ältere deutsche Recht das Hauptbeispiel der einer besonderen Gewere teilhaftigen Sachen. Die Gewere an Grundstücken nun lebt fort einerseits im Besitz und den dahinter stehenden dinglichen Rechten, andererseits in der

[1] Crome, System 1, 276 a. 19 (§ 58).

rechtlichen Herrschaft, die der im Grundbuch als dinglich berechtigter Eingetragene über das Grundstück ausübt. Wir sehen sofort die Grenze, bis zu der die Anwendbarkeit des heutigen Grundstücksrechts für unsere Sachen reicht. Nur die im Besitz gegebene rechtliche Herrschaft ist bei den Sachen des § 95 der an Grundstücken bestehenden Herrschaft des Besitzers völlig gleich; des formellen Grundbuchrechts aber sind die nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks nicht fähig, da nur Grundstücke ein Blatt im Grundbuch erhalten. Also: Grundsätzlich sind die Normen des Grundstücksrechts analog auf unsere Sachen, soweit sie unbewegliche sind, anzuwenden; soweit sie aber von dem formellen Grundbuchrecht unzertrennlich sind, sind diese Vorschriften unanwendbar. Wir haben daher, da ausser den Grundstücksnormen nur solche für bewegliche Sachen gegeben sind, insoweit die Mobiliarrechtssätze analog auf die nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks zu erstrecken. Das ist zulässig, da beide Arten von Gegenständen unter den höheren Begriff der Sache fallen [1]).

[1]) Die hier historisch begründete Ansicht wird in der bisherigen Literatur geteilt von Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes (Fischers Abh. 1. 4) 37 u. Deutsches Privatr. 2, 10 f., Eck, Vorträge 1, 106, Wolff a. a. O. 71 a. 6, Paech, Bestandtheil und Zubehör, Berliner Diss. 1900, 23, Santz, Bestandteile einer Sache u. Zubehör, Freib. Diss. 1902, 82 f., anscheinend auch Oertmann, Arch. Bürg. R. 20, 189, und besonders Albrecht, Die rechtliche Behandlung der Sachen des § 95 BGB., Rostocker Diss. 1902. Auf diese gute Dissertation kann ich hinsichtlich der Kasuistik hier verweisen. Biermann, der früher (Jherings Jahrb. 34, 280) unserer Ansicht war, hat sie neuerdings leider aufgegeben (Sachenrecht [2] 2 Ziffer 4). Als mit der unseren sich nahe berührend ist die Ansicht von Matthiass, Lehrb. 1 [3], 149 f. (§ 39), und von Kohler, Puchelts Z. 32, 47 ff., zu nennen. A. M. Cosack, Lehrb. 1 [4], 137 (§ 43 II 2), Dernburg, Sachenrecht [3] 13 f. (§ 4 Z. 2), Crome, System 1, 275 f. (§ 58, 3 a. b.), Goldmann u. Lilienthal, BGB. 1 [2], 120 f. (§ 26), Endemann, Lehrb. 1 [9] (§ 50 a. 28), 2. 1 [8] u. [9] 28 a. 11, R. Leonhard, Allg. Theil 164 a. 5, Kipp, Windscheids Lehrb. 1 [8], 611 (§ 139, 1), Fuchs, Grundbuchrecht 1, 273 (§ 1017 a. 2), Kunze, Bestandteile und Zubehör, Jenaer Diss. 1902, 20 f. a. 5, und besonders Schmiel, Die Arten und die rechtliche Stellung der Sachen des § 95 BGB., Leipziger Diss. 1902, 13 ff. Es ist bemerkenswert, dass auch von den Gegnern Dernburg die einseitige Anwendung der Fahrnisrechtssätze für undurchführbar hält, Crome die Unterwerfung dieser Sachen unter das Immobiliarrecht auf dem Umwege zu erreichen sucht, dass diese Normen kraft des vermutlichen Parteiwillens Anwendung finden müssten.

4. Als ein erwünschtes Nebenresultat unserer historischen Untersuchung ergibt sich uns, dass die von einem persönlich Berechtigten in Ausübung seines Rechtes auf einem fremdem Grundstück errichteten Werke unter die nur scheinbaren Bestandteile des Grundstücks fallen, und zwar nicht auf Grund von Satz 2 des § 95 BGB. sondern von Satz 1. Der persönliche Zweck des Mieters, Pächters, ist ein nur vorübergehender gegenüber dem ewigen Zwecke des Grundstücks. Durch diese, der historischen Entwickelung entsprechende Auslegung der Vorschrift ist dem bestehenden Bedürfnis am besten gedient [1].

Kehren wir nunmehr, nach beendigter Untersuchung, zu der inzwischen als unrichtig erkannten Reichsgerichtsentscheidung zurück, von der wir ausgegangen waren! Der Tatbestand, der dort zugrunde liegt und der dem Reichsgericht Veranlassung gegeben hatte, die nur scheinbaren Bestandteile als bewegliche Sachen zu behandeln, ist kurz der [2]. A hat ein Fabrikgrund-

[1] So auch Zitelmann, Das Recht des BGB. 1, 79, sowie die von Wolff a. a. O. 73 a. 3 angeführten. A. M. Wolff selbst und die von ihm daselbst genannten. Die Auffassung von Crome, der in Satz 2 nur eine Anwendung von Satz 1 sieht und annimmt, es werde darin die vorübergehende Zweckbestimmung kraft Gesetzes gefolgert, wenn jemand in Ausübung eines dinglichen oder persönlichen Rechtes ein solches Werk errichte (a. a. O. 280, § 59), widerspricht dem Wortlaut und der oben geschilderten Entstehungsgeschichte des § 95. Für das ältere deutsche Recht trifft sie dagegen zu, zumal nach diesem jedes sich in einer Gewere äussernde Recht — und nur um solche handelt es sich — ein dingliches Recht ist. Gierke, Deutsches Privatr. 2, 46 f. u. Anm. 38, meint im Gegensatz dazu, dass beim Pachtzweck von vorübergehender Zweckbestimmung nicht die Rede sein könne, will aber auf Grund von Abs. 2 ebenso entscheiden, da nach der ratio legis unter Recht am Grundstück jedes Recht verstanden werden müsse, das die Befugnis gewährt, ein derartiges Bauwerk auf dem Grundstück zu haben. Das scheint mir gegenüber dem festen Sprachgebrauch des Gesetzes durchaus unzulässig. Erfreulich ist, dass auch die Rechtsprechung sich übereinstimmend auf den oben vertretenen Standpunkt stellt: RG. 55, 284; 5. ZS. 19. Sept. 1903 in Bestätigung eines Urteils des OLG. Stettin (auch JW. 1903, Beil. 119); 7. ZS. 12. April 1904 (JW. 1904, 336); KG., 2. ZS. 14. März 1902 (OLG. 5, 76 f.); OLG. Königsberg, 2. ZS. 23. März 1904 (Seufferts Arch. 60, 1). Es kommt also nicht auf die Absicht des Pächters an, das Werk später wieder zu entfernen. Solche subjektiven Momente scheiden ganz aus. Massgebend ist allein, dass das Werk vom Pächter für Pachtzwecke errichtet wurde.

[2] RG. 55, 281 ff.

stück nebst Zubehör aus der Zwangsversteigerung erworben. Da der Vorbesitzer als Pächter eines Nachbargrundstücks auf diesem einen Anbau an das Fabrikgebäude errichtet hat, so beansprucht A von dem Eigentümer des Nachbargrundstücks B Anerkennung seines Eigentums an dem Anbau und den auf dem Pachtacker befindlichen, zum Fabrikbetriebe gehörigen Mobilien. In der Sache entscheide ich mit dem OLG. Stettin und dem RG. zugunsten des A. Hinsichtlich der Mobilien stimme ich mit dem RG. auch in der Begründung überein: sie sind Zubehör des Fabrikgrundstückes, zu dem sie auch in einem ihrer Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Das RG. will aber auch dem auf fremdem Boden errichteten Flügel des Fabrikgebäudes die Zubehöreigenschaft zusprechen und kommt offenbar gerade deswegen, da nach § 97 BGB. nur bewegliche Sachen Zubehör sein können, dazu, das Gebäude als eine Fahrnissache anzusehen. Wie unnatürlich aber ist diese Konstruktion! Der eine Flügel eines Hauses Bestandteil, der andere Zubehör des Grundstücks! Eine Sache, die zur Hälfte beweglich, zur Hälfte unbeweglich ist! Das ist Juristenrecht allerschlimmster Sorte. Da sehen wir, wohin die Vergewaltigung der Natur führt, die in der gegnerischen Ansicht liegt. Von unserem Standpunkt aus ergibt sich die Begründung der inhaltlich gleichen Entscheidung frei und ungezwungen. Der Anbau ist Bestandteil des Fabrikgebäudes und steht als solcher im Eigentum des A. Wir haben also hier den besonderen Fall vor uns, dass ein Werk auf fremdem Boden nicht eine selbständige unbewegliche Sache, sondern Bestandteil einer anderen Liegenschaft ist. Ich sehe keinen Grund, vor dieser Konstruktion zurückzuschrecken. Man wird sofort einwenden: Wie ist aber dann zu entscheiden, wenn es sich nicht um einen Anbau, sondern um einen selbständigen Bau auf dem Pachtacker handelt? Ich stehe nicht an, in diesem Falle entgegengesetzt zu erkennen. Ein selbständiges Gebäude auf fremdem Boden ist eine selbständige unbewegliche Sache und daher weder Bestandteil noch Zubehör des Nachbargrundstücks. Der Eigentumserwerbstitel des A reicht daher zur Begründung des Eigentums an diesem Gebäude nicht aus. Diese Entscheidung entspricht, wie ich meine, auch durchaus den Bedürfnissen des

Lebens. Dass A Eigentümer des von seinem Vorgänger errichteten Anbaues an sein Fabrikgebäude wird, erscheint durchaus billig. Aber niemand, der ein Hausgrundstück erwirbt, wird erwarten, ein selbständiges Nachbarhaus als Zubehör mitzuerwerben. Es ist wohl nicht unwahrscheinlich, dass das RG. betreffs der Richtigkeit der von ihm übernommenen Begründung des Vorderrichters stutzig geworden wäre, wenn es diese Erwägung angestellt hätte.

Dieses Ergebnis führt uns zu einer weiteren Erkenntnis. Es ist ja gar nichts Singuläres, dass ein Bau auf fremdem Boden Bestandteil einer anderen Liegenschaft ist. Das gleiche ist der Fall, wenn das Bauwerk auf Grund eines Erbbaurechtes von dem Berechtigten errichtet ist. Ich schliesse mich durchaus der Ansicht von Kipp[1]), Fuchs[2]) und Oertmann[3]) an, dass

---

[1]) a. a. O. 611 f. [2]) Grundbuchrecht 1, 273 (§ 1017 a. 2).

[3]) ArchBürgR. 20, 188 ff. Neuerdings wendet sich Gierke, Deutsches Privatr. 2, 617 f. a. 1 und 83 a. 60, gegen die Oertmannsche Ansicht. Das Gebäude könne weder Bestandteil des Erbbaurechts, noch des Erbbaurechtsgegenstandes sein, der gleichfalls nicht als körperliche Sache aufgefasst werden dürfe. Das Gebäude werde vielmehr als Zubehör des Erbbaurechts von der Belastung desselben mitergriffen. Damit setzt sich Gierke in Widerspruch mit seiner Auffassung derartiger nur scheinbarer Grundstücksbestandteile als unbeweglicher Sachen. Da eine Liegenschaft nach § 97 BGB. nicht Zubehör eines Grundstücks sein kann, so kann sie sicher auch nicht Zubehör einer unkörperlichen unbeweglichen Sache sein. Ausserdem ist nicht einzusehen, warum eine Sache nicht ebensogut Bestandteil wie Zubehör eines Erbbaurechts soll sein können. Das Erbbaurecht ist nun allerdings eine unkörperliche Sache, nicht aber der Erbbaurechtsgegenstand. Das ist das Grundstück (§ 1012 BGB.: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden etc.). Der Bereich der Herrschaft des Erbbauberechtigten über das Grundstück ist zu einer liegenschaftlichen Gerechtigkeit ausgestaltet, die selbständig neben den Herrschaftsbereich des Eigentümers tritt. Beide sind gleichberechtigt nebeneinander gestellt. Gerade darum aber können wir das Gebäude, das zu dem Herrschaftsbereich des Erbbauberechtigten gehört, als Bestandteil des Erbbaurechts bezeichnen. Die Bestandteilseigenschaft ist eine rechtliche Eigenschaft. Als Bestandteile eines Grundstücks bezeichnen wir die Grundstücksteile, deren Eigentum regelmässig einen Bestandteil des Grundstückseigentums bildet oder sogar kraft zwingender gesetzlicher Regel bilden muss (wesentliche Bestandteile). Neben diese Eigentumsbestandteile, wie wir sie auch nennen könnten, treten nun, wenn durch Bestellung eines Erbbaurechts zwei selbständige liegenschaftliche Herrschaftsbereiche mit gleichem

das Bauwerk Bestandteil der selbständigen Liegenschaft ist, die unser BGB. unter dem Namen Erbbaurecht begreift. Massgebend ist in erster Linie die Erwägung, dass nur auf diese Weise das Gebäude der hypothekarischen Belastung des Erbbaurechts mit unterliegt, was im Interesse des Kredites des zumeist wirtschaftlich schwachen Erbbauberechtigten dringend geboten ist.

Es ist hier nicht der Ort, in eine eingehende Kasuistik einzutreten. Nur soweit Streitfälle, die die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks betreffen, praktisch geworden sind, wollen wir in eine kurze Kritik der betreffenden Entscheidungen von unserem Standpunkt aus eintreten. Veranlassung zu Schwierigkeiten gab einmal die Zwangsvollstreckung, andererseits die Frage, ob Verträge über solche Sachen gleich Verträgen über Grundstücke zu versteuern sind. Dass das Zwangsversteigerungsgesetz auf die Sachen des § 95 BGB. nicht Anwendung finden kann, ist zweifellos, da es das formelle Grundbuchrecht voraussetzt [1]). Dagegen steht der Anwendung des § 885 ZPO. Abs. 1 nichts entgegen, wenn es sich um einen Anspruch auf Herausgabe eines Gebäudes auf fremdem Boden handelt [2]). Die Schwierigkeiten, die sich hinsichtlich der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen bei Anwendung der §§ 808 ff. ZPO. ergeben [3]), berühren eigentlich unsere Frage nicht. In einem vom Kammergericht entschiedenen Falle [4]) hat der Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe der Materialien eines auf fremdem Boden stehenden Gebäudes gepfändet. Die Herausgabe an den Gerichtsvollzieher wird angeordnet, doch lehnt dieser den Auftrag, zu pfänden und zu versteigern, ab. Mit Recht, wie das KG. richtig entscheidet. „Denn es

---

Gegenstande entstehen, die Erbbaurechtsbestandteile, deren Eigentum einen Bestandteil des Erbbaurechts bildet.

[1]) Demnach findet nach den oben dargelegten Grundsätzen die Zwangsvollstreckung in körperliche bewegliche Sachen nach §§ 808 ff. ZPO. statt. In dem Falle der oben angeführten Königsberger Entscheidung (Seufferts Arch. 60, 1 ff.) ist die Mobiliarpfändung im Wege des dinglichen Arrestes durchgeführt worden.

[2]) Albrecht a. a. O. 28. [3]) Dernburg a. a. O. 14 a. 4.

[4]) OLG. 2, 354 f.

steht noch zur Zeit das fertige Haus; Materialien, welche der Gerichtsvollzieher abholen könnte, sind als solche nicht vorhanden". Es ist nicht seine Sache, das Haus abbrechen zu lassen und das damit verbundene Risiko zu tragen. Gerade aus dieser Entscheidung ergibt sich uns eine mittelbare Bestätigung unserer Ansicht von der Immobiliarqualität dieser Sachen. Sie steht in schroffem Widerspruch zu einer vor Inkrafttreten des BGB. für das Gebiet des ALR. ergangenen steuerrechtlichen Entscheidung des Reichsgerichts [1]). Es handelt sich um die Frage, ob ein Kaufvertrag über vom Pächter errichtete Gebäude als ein solcher über inländische Grundstücke zu erachten sei. Das Gericht verneint die Frage mit Recht. M. E. würde als Begründung ausreichen, zu sagen, ein Haus auf fremdem Boden sei zwar eine unbewegliche Sache, aber kein Grundstück. Der bedenkliche Irrtum, beide Begriffe einander gleich zu setzen, verführte das Gericht jedoch zu einer, wie ich glaube, durchaus verfehlten Begründung. Der Pächter habe, heisst es darin, in betreff der von ihm auf dem Pachtgut aufgeführten Gebäude nur das Recht der Wegnahme. Sein Eigentum an diesen Gebäuden unterscheide sich daher nicht von dem Eigentum eines Käufers, welcher von dem Eigentümer des Grund und Bodens ein dem letzteren gehörendes Gebäude zum Abbruch gekauft habe. „In beiden Fällen besitzen Pächter und Käufer nur künftige Abbruchsmaterialien, aber keine Grundstücke". Das preussische Obertribunal, auf das das RG. sich berief, hatte viel vorsichtiger in der angeführten Entscheidung [2]) gesagt, man könne ein solches Gebäude nicht einem Grundstücke im Sinne des Stempelgesetzes gleichstellen, da sein Wert nur der der zeitweiligen Benutzung verbunden mit dem der bei Abbruch übrigbleibenden Materialien sei. Das ist völlig korrekt; die Entscheidung des Reichsgerichts aber verkennt durchaus die wirtschaftliche Bedeutung der Sachen dieser Art [3]).

Man sieht: der Irrtum, in dem sich unser oberster Gerichtshof bewegt, ist schon älter als unser neues bürgerliches Recht.

[1]) 4. ZS. 2. Okt. 1890 (Gruchots Beitr. 35, 951 ff.).

[2]) 1. ZS. 20. Okt. 1871 (Striethorst Arch. 84, 88 ff.).

[3]) Biermann, Jherings Jahrb. 34, 231.

Dass das Reichsgericht in ihn verfiel, ist nicht seine Schuld. Die germanistische Rechtswissenschaft hatte es verabsäumt, die rechtliche Natur dieser nur scheinbaren Bestandteile von Grundstücken durch Aufdeckung der historischen Zusammenhänge klarzulegen. Sie hatte sogar das Vorhandensein dieser besonderen Art von unbeweglichen Sachen unbeachtet gelassen. Es erschien mir nicht unwert, die alte Schuld an dieser Stelle abzutragen, wo ich einem verehrten Lehrer Dank und Huldigung darbringen darf, dessen arbeitsreiches Leben der Erforschung altgermanischen Rechtes gewidmet war und ist. Möge es nicht zu spät sein.

Über Veräusserungsverbote und Resolutivbedingungen

im bürgerlichen Recht

von

Richard Schott

I.

Einleitung.

Wenn jemand einem anderen gegenüber sich verpflichtet hat, einen Gegenstand, der an sich veräusserungsfähig ist, wie z. B. ein Grundstück, nicht an Dritte zu veräussern oder es nicht zu belasten, und er veräussert es dennoch, so ist diese Weiterveräusserung gültig, denn der § 137 BGB. sagt:

> „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden".

Der Berechtigte kann also die Sache weder selbst von dem Dritten vindizieren, noch kann dies etwa später der Verpflichtete tun wollen mit der Begründung, die Veräusserung sei infolge des Verbotes nichtig gewesen. Es bleibt dem Berechtigten nach Satz 2 des § 137:

> „Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt"

nur der obligatorische Ersatzanspruch gegen seinen Verpflichteten. Da dieser aber auch nicht vom Dritten vindizieren kann, so ist es ebenfalls ausgeschlossen, dass etwa auf dem Umwege einer Klage auf Abtretung des Vindikationsanspruches der Berechtigte den weiter veräusserten Gegenstand dem Dritten wieder abnehmen könnte.

Das rechtsgeschäftliche Verfügungsverbot oder, wie man ungenau — unter Weglassung der weniger häufigen, aber durch das Wort „Verfügung" mitgetroffenen Belastungsverbote — sagt, „Veräusserungsverbot" hat also im Gegensatz zu den gesetzlichen und richterlichen Verfügungsverboten der §§ 135, 136 keine dingliche Wirkung.

Die Parteien könnten nun versuchen, den hiermit verbotenen Zweck privater dinglicher Verfügungsbeschränkung im Wege der auflösenden Bedingung zu erreichen. Denn ihr steht nach §§ 158 Abs. 2 und 161 Abs. 2 dingliche Wirkung gegen Dritte zu, und wenn die Parteien die Bedingung setzen würden „Wenn der Verpflichtete weiterveräussert, so soll das Eigentum zurückfallen", so wäre auf diesem Umwege ihr Ziel doch erreicht. Es erhebt sich somit die Frage, wie der § 137 sich zu einer solchen Resolutivbedingung verhält, ob er ihre Satzung zulässt oder sie ausschliesst.

In der Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Frage noch nicht eingehend behandelt. Schlossmann[1]) bemerkt kurz gelegentlich seiner Polemik gegen Alfred Schultze[2]), der den von ihm Treuhänder genannten Personen resolutiv bedingtes Eigentum zuspricht, dass der Annahme einer solchen Beschränkung bei einer durch privates Rechtsgeschäft begründeten Treuhänderschaft der § 137 entgegenstehe. Ebenso folgert Crome[3]) aus § 137 „die Unhaltbarkeit der weitverbreiteten Meinung", als könne eine Wirkung der Verbotsklausel gegen Dritte bei Güterübertragungen generell durch Einkleidung des Veräusserungsverbotes in Form einer solchen Resolutivbedingung herbeigeführt werden. Eine solche Resolutivklausel sei ungültig, soweit sie über § 137 hinaus eine unmittelbare dingliche Wirkung begründen solle, denn der § 137 habe zwingenden Charakter sowohl nach seiner Form, wie die Worte „kann nicht" ergeben, wie nach seinem Inhalt, weil die Veräusserungsbefugnis eines der wesentlichsten Freiheitsrechte des Individuums bilde.

Dagegen ist es Dernburg[4]) unzweifelhaft, dass man bei Veräusserung einer Sache mittels auflösender Bedingung den Rückfall für den Fall der Weiterveräusserung vereinbaren und diesen Anspruch bei Grundstücken durch eine Vormerkung sichern kann. Geleitet wird er hierzu auch durch die Erwägung, dass der aus § 137 sich ergebende obligatorische Anspruch im

[1]) Stellvertretung II S. 382.

[2]) „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht" in Iherings Jahrbüchern Band 43, 1901, auch separat erschienen.

[3]) System des Bürgerl. Rechts I S. 379.

[4]) Bürgerliches Recht I S. 372.

Fall der Gefährdung durch einstweilige Verfügung ein richterliches Veräusserungsverbot erlangen und somit nach §§ 135, 136 dinglich gesichert werden könnte. Auch Riezler in Staudingers Kommentar[5]) ist der Ansicht, dass eine solche Resolutivbedingung zulässig sei, obwohl sie eine Umgehung des § 137 bilde. Denn nicht jede Gesetzesumgehung sei unzulässig, und hier sei sie es deshalb „wohl nicht", weil auf den zur Umgehung gewählten Tatbestand die ratio, auf welche § 137 gegründet ist, nicht zutreffe.

Ohne Begründung bejahen die Zulässigkeit Scherer[6]), Brütt[7]) und Reichel[8]).

Die praktisch bedeutsamsten Folgen der verschiedenen Auffassungen zeigen sich darin, dass bei Zulässigkeit einer solchen nach § 161 [2] BGB. dinglich wirkenden Resolutivbedingung eine dritte Person von dem durch das Verfügungsverbot Verpflichteten nur rechtsgeschäftlich und nur bei gutem Glauben gemäss § 161 Abs. 3 BGB:

> „Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung"

erwerben könnte. Dagegen könnte sie weder eine vollständige Zwangsvollstreckung in solche Gegenstände betreiben, noch würden diese in den Konkurs des Verpflichteten fallen und darin veräussert werden können, denn das Prinzip des Erwerbs im guten Glauben gilt nur für rechtsgeschäftliche Veräusserungen. Der § 161 Abs. 1 stellt auch ausdrücklich den bei Eintritt der Bedingung mit dinglicher Kraft unwirksam werdenden rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Verpflichteten solche Verfügungen gleich, „die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter" erfolgen. Andererseits dagegen, wenn der § 137 die Setzung einer solchen Bedingung ausschliesst, so ist ein solches Verfügungsverbot dinglich vollkommen unwirksam. Der Dritte kann nicht bloss durch Rechtsgeschäft

---

[5]) Zu § 137. [6]) Kommentar zu § 137 III 2.

[7]) Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinem Recht und BGB. Berliner Dissertation, 1900, S. 68.

[8]) Iherings Jahrbücher 46, 1904, S. 76.

von dem Verpflichteten erwerben, sondern er kann sich dessen Vermögen auch im Wege der Zwangsvollstreckung und des Konkurses verhaften.

Ferner entscheidet die Lösung unserer Frage auch über die Verwendbarkeit der Konstruktion, die in dem gewöhnlichen Fiduciar einen resolutiv bedingten Eigentümer sieht, dessen Rechtsmacht erlösche, „falls er die Sache gegen die Abrede an Dritte veräussere", so dass also eine Veruntreuung bei ihm, abgesehen vom Erwerb des Dritten im guten Glauben, ausgeschlossen wäre und auch die Gläubiger des Fiduciars keine Rechte am Fiduciarvermögen gewinnen könnten. Alfred Schultze spricht sich in seiner zitierten Abhandlung[9]) über Treuhänder und resolutiv bedingtes Eigentum darüber nicht aus, jedoch sehen Seidler[10]) und vor allem Schlegelmilch[11]) auch in dem Fiduciar einen solchen resolutiv bedingten Eigentümer.

Im folgenden soll nun dieses Verhältnis zwischen Verfügungsbeschränkungen und Resolutivbedingungen erneut untersucht werden. Jedoch sei, um Missverständnisse zu vermeiden, besonders betont, dass hier nur rechtsgeschäftliche Beschränkungen und rechtsgeschäftliche Bedingungen in Betracht gezogen werden. Die von Alfred Schultze in seiner erwähnten Abhandlung angeregte Frage, inwieweit zur Erklärung moderner Typen die Treuhänderschaft deutschrechtlichen Gepräges mit resolutiv bedingtem Eigentum heranzuziehen ist, bleibt hier unerörtert[12]). Auch sei gleich erwähnt, dass das Verbot der Verfügung über Forderungen, Zessionsverbot, nicht besonders behandelt wird. Denn hier ist die Zulässigkeit des Verbotes besonders ausgesprochen durch § 399 BGB.: „Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn . . . die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist" und nach § 413 gilt das auch für Übertragung anderer Rechte, insbesondere Urheberrechte. Es sei aber darauf hingewiesen, dass

[9]) Oben Anm. 2.

[10]) Paul Seidler, Sicherungsübereignung, Jenaer Dissentation, 1904.

[11]) Hans Schlegelmilch, Über das Wesen des fiduciarischen Rechtsgeschäfts, Jenaer Dissertation, 1904.

[12]) Vgl. dazu den interessanten Bericht, den Maitland in Grünhuts Zeitschrift Bd. 32, 1904, über das englische Recht gibt.

der Gläubiger nur durch Vertrag mit dem eigenen Schuldner, nicht auch mit Dritten dies vereinbaren kann und dass die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung auch noch dadurch beschränkt ist, dass nach ausdrücklicher Bestimmung des § 851 ZPO. trotzdem diese Forderungen der Pfändung unterliegen.

II.

Vorgeschichte der einschlägigen Bestimmungen des BGB.

Zu dem Versuch einer Lösung dieser Streitfrage ist es erforderlich, sich über die Entstehung der betreffenden Vorschriften klar zu werden.

Der jetzige § 137:

> „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solche Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt“

ist hervorgegangen aus dem § 796 des Entwurfs erster Lesung:

> „Die Befugnis desjenigen, welchem das Eigentum oder ein anderes Recht an einer Sache zusteht, über sein Recht zu verfügen, kann nicht durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen oder beschränkt werden, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt“.

Man ging hierbei von der Voraussetzung aus, dass die Parteien andere als die im Gesetz bestimmten dinglichen Änderungen eines Rechtes nicht vornehmen könnten, weil der Entwurf die Begründung relativ dinglicher Rechte nicht zulasse [1]. Dasselbe setzte man im Entwurf II voraus und massgebend für die andere Fassung des gleichen Gedankens war nur die Erwägung, dass diese Bestimmung noch in weiterem Umfang richtig sei als der § 796 vorschreibe. Sie gelte nämlich für alle veräusserlichen Rechte, insbesondere auch für Forderungsrechte, Patent-, Urheber- und Verlagsrechte [2]. Bei dieser Verallgemeinerung des gesetzgeberischen Gedankens war die Versetzung des Paragraphen in den Allgemeinen Teil von selbst

[1]) Motive III S. 77. [2]) Protokolle Band III S. 256—258.

gegeben. Ferner strich die Kommission[3]) die Worte „soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt“, und zwar nicht, wie man zunächst annehmen möchte, weil der Zusatz selbstverständliches enthalte, sondern weil es zweifelhaft sei, ob sich eine Ausnahme von dieser Regel im Entwurf finde[4]).

Der Absatz 796 E. I ist nun seinerseits aus dem § 91 des Johowschen Vorentwurfes für das Sachenrecht hervorgegangen. Dieser lautete:

> „Die vertragsmässige Verpflichtung des Eigentümers, die Sache nicht zu veräussern oder zu belasten, ist gegen Dritte wirkungslos“.

Der Paragraph beschränkte sich auf die vertragsmässigen Veräusserungsverbote, weil die testamentarischen im Erbrecht geordnet seien und er erwähnte bloss die dingliche Wirkung und nicht auch den obligatorischen Ersatzanspruch, weil dessen Regelung in das Recht der Schuldverhältnisse gehöre.

Diese jetzt in anderer Fassung Gesetz gewordene Bestimmung weicht ab von den Vorschriften des Preussischen Landrechts I 4 § 15—19, nach denen private Veräusserungsverbote wenigstens bei Eintragung in das Hypothekenbuch oder bei Kenntnis des Dritten gegen diesen Dritten wirken. Dagegen kannte das gemeine Recht nach herrschender Ansicht kein allgemein zulässiges dinglich wirkendes Veräusserungsverbot. Auch das Sächsische Gesetzbuch §§ 223, 224 soll nach Ansicht Johows im wesentlichen dem gemeinen Recht folgen und nach dem bayerischen Entwurf III Art. 91 Abs. 3 haben „letztwillige oder vertragsmässige Veräusserungsverbote nur dann rechtliche Wirkung, wenn sie die Anwartschaft eines Dritten auf die Sache bezwecken“.

Die Johowsche Begründung (S. 536f., 501f.) deckt sich im wesentlichen mit den Angaben der Motive III S. 77. Die Vorschrift sei eine Konsequenz des Gedankens, dass dingliche Rechte nur nach Massgabe besonderer Vorschriften begründet werden

[3]) Protokolle Band III S. 26, Band I S. 125.

[4]) Nur der § 1901 des E. I (Ausschluss des Erben von der Verfügung, solange ein Tastamentsvollstrecker vorhanden ist) könne hierfür angeführt werden. Richtiger sei aber seine Auffassung als absolutes Veräusserungsverbot oder als relatives unmittelbar auf das Gesetz sich gründendes Verbot.

können, und — was wichtiger ist — sachlich gerechtfertigt sei sie schon durch die Erwägung, dass, wenn es dem Berechtigten zustände, sich der Verfügung über das Recht willkürlich zu entschlagen, die Konsequenz geböte ihm dies auch in Ansehung seines ganzen Vermögens nachzulassen. Damit würde aber das Vermögen ausser Verkehr gesetzt[5]), insbesondere den Angriffen seiner Gläubiger entzogen. Dem aber müsse im Interesse der Rechtsordnung entgegengetreten werden, und deshalb könne einer solchen Verfügungsbeschränkung nicht dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung gestattet werden.

Wenden wir uns zu der Resolutivbedingung und ihrer dinglichen Wirkung, die in §§ 158 Abs. 2, 161 Abs. 1 und 2 BGB. ihren Ausdruck gefunden hat. Sie war im Entwurf I §§ 129, 135 ebenso gestaltet. Im Gegensatz dazu kannte der Gebhardsche Vorentwurf zum Allgemeinen Teil in seinem § 60 bei Sachübertragungen nur die obligatorische Wirkung und dem entsprach auch, dass Johow in seinem § 137 die Hinzufügung jeglicher Bedingung bei der Tradition ausschloss. Der Gebhardsche Vorentwurf folgte hierin der im Gemeinen Recht in neuerer Zeit stark und für das allgemeine Prinzip m. E. zu Recht[6]) vertretenen Ansicht, dem Preussischen Landrecht[7]) I 11 § 262 und dem Sächsischen Gesetzbuch § 291, während die Bestimmung des Entwurfs I dem Prinzip des Code civil art. 1183 und des bayr. Entwurfs eines Sachenrechtes Art. 98 entspricht. Der Vorentwurf begründet seine Stellungnahme (S. 226 f.) damit, dass der Rückerwerb des Veräussernden gleichfalls nur durch Übergabe, nicht durch den blossen Willen vermittelt werden könne und keinerlei Grund vorliege durch Anerkennung

---

[5]) Vgl. dagegen den zweifellos zu den modernen, eine Ausdehnung der res extra commercium nicht begünstigenden Rechtsanschauungen nicht mehr passenden Satz des Preussischen Landrechts I 4 § 15: „Nicht nur durch Natur oder Gesetz, sondern auch durch rechtliche Privatverfügung können Sachen dem Verkehr entzogen werden".

[6]) Vgl. Dernburg, Pandekten I § 112, A. Kohler im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 15 S. 1 ff. Weitere Literatur bei Windscheid I § 90 Anm. 1.

[7]) Nur gegen den die Bedingung kennenden Dritterwerber lässt das Preussische Recht gemäss seiner Lehre vom ius ad rem die Bedingung dinglich wirken I 10 § 25, I 19 § 5, § 33, I 11 § 264.

eines sog. dinglichen Rückfallsrechtes das Traditionsprinzip zu durchbrechen, die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit vielmehr die Festhaltung desselben empfehle. So müsse aus guten Gründen der Resolutivbedingung die volle Wirkung, die ihrer Natur entspreche, versagt werden.

Die Motive[8]) zum Entwurf I erkennen an, dass der praktische Schwerpunkt der Wirkung der auflösenden Bedingung sichtbar bei der Eigentumsübertragung liege. Aber so bedeutsam das Beispiel der ihre dingliche Wirkung ablehnenden Rechte sei, es könne ihm doch kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden. Denn bestimmend seien für diese Rechte im wesentlichen Verkehrsrücksichten, und diesen Rücksichten würde vom Entwurf in anderer geeigneter Weise Rechnung getragen. Bei Grundstücken helfe die Eintragung des Rückfallsrechtes, und bei beweglichen Sachen gewähre der Entwurf dem gutgläubigen Erwerber ebenfalls einen so weitgehenden Schutz, dass von jeder Sonderbestimmung abgesehen werden kann. So der Entwurf, dessen Argumente aber — es sei schon hier darauf hingewiesen — eine bedenkliche Lücke haben, denn den Schutz dieser Bestimmungen geniesst nur der rechtsgeschäftliche Dritterwerber, dagegen besteht für die Gläubiger des Empfängers keine „Verkehrssicherheit“, da ihnen volle Zwangsvollstreckung und Konkurs hinsichtlich der resolutiv bedingt tradierten Gegenstände versagt bleibt.

Es wäre schliesslich noch zu prüfen, ob man sich bei den Vorarbeiten über das Verhältnis der Verfügungsbeschränkung zur Resolutivbedingung im klaren war. In den Protokollen zweiter Lesung bei der Versetzung des § 796 als 137 in den Allgemeinen Teil (III 26, 256—258) wird diese Frage nicht berührt. Ebenso nicht in den Motiven zu § 796 E. I (III 77) und auch nicht bei der Besprechung der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung (I S. 253 f.). Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Motive (I S. 259 f.) gelegentlich der Besprechung der Gebundenheit des suspensiv bedingt Verpflichteten den Unterschied zwischen den Wirkungen einer Suspensivbedingung und denen eines relativen gesetzlichen oder richterlichen

---

[8]) Motive I S 253 f.

Veräusserungsverbots des jetzigen § 135 BGB. erkennen und sich dort gegen die Gleichstellung der Bedingung mit dem relativen Veräusserungsverbot erklären [9]).

Noch ein Schritt weiter zurück, im Stadium der Vorentwürfe herrscht allerdings insofern Klarheit, als nach Gebhards Vorentwurf § 60, wie erwähnt, die Resolutivbedingung nur obligatorische Kraft hatte, und Johows Vorentwurf zum Sachenrecht in § 137 für die Tradition dasselbe bestimmte, so dass hinsichtlich beweglicher Sachen die Streitfrage nicht auftauchen konnte. Bei der Auflassung war nach § 119 des Johowschen Vorentwurfs ebenfalls, wie jetzt nach § 925 BGB. eine Bedingung unzulässig, jedoch konnte — ähnlich der jetzigen Vormerkung [10]) — das bedingte Recht auf Auflassung im Grundbuch eingetragen werden, was keine im Konkurs hinwegfallende Verfügungsbeschränkung des Eigentümers, sondern eine auch im Konkurs standhaltende Beschränkung des Eigentums selbst sein sollte [11]).

Bei Johow finden wir auch in seiner Begründung des

---

[9]) Der § 107 Abs. 4 E. 1, jetzt § 772 ZPO., erklärt, solange ein gesetzliches oder richterliches relatives Veräusserungsverbot besteht, die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand für unzulässig. Die Motive lehnen es ab, eine gleiche Bestimmung für die Schwebezeit bei Suspensivbedingungen zu treffen, damit nicht durch bedingte Rechtsgeschäfte Gegenstände beliebig der Zwangsvollstreckung entzogen würden. Bei relativen Veräusserungsverboten träfe diese Gefahr nicht zu, weil diese nach § 107 Abs. 3 E. I, jetzt § 13 KO., für den Konkurs keine Kraft haben und somit der an der Zwangsvollstreckung in einen solchen Gegenstand gehinderte Gläubiger, wenn er diese nicht in einen anderen Gegenstand betreiben kann oder will, auf dem Umwege des Konkurses zu seiner Befriedigung aus dem der Beschränkung unterworfenen Gegenstand käme. Anders ist es bei Bedingungen. Da ist die Zwangsvollstreckung zwar zulässig, wird aber, wie auch die Verfügung des Konkursverwalters, bei Eintritt der Bedingung nach § 161 BGB. = § 135 E. I unwirksam. Ebenso fällt die Sache oder der Anspruch zunächst in den Konkurs und entsteht bei Eintritt der Bedingung ein Aus- oder Absonderungsrecht. Die Zwangsvollstreckung vermag also den Dritten bedingt Berechtigten nicht zu schädigen und deshalb erlangt der betreibende Gläubiger in ihr nicht den Wert der Sache, aber immerhin entzieht er durch sie seinem Schuldner, dem bedingt Verpflichteten, den Genuss der Sache und je nach Art der Bedingung kann dieser doch einen Wert für die Bieter haben.

[10]) Dagegen war nach § 871 E. I eine Resolutivbedingung zulässig und sollte das Rückfallsrecht von Amts wegen eingetragen werden.

[11]) Vgl. § 120 und Johows Begründung zu 119, 120.

§ 91, des späteren § 137 BGB., den Ausspruch, dass es sich nach seinen Ausführungen von selbst verstehe, dass durch die Bestimmung des § 91 der Frage, ob und inwiefern die Resolutivbedingung und die Anwartschaft eines Dritten auf die Erwerbung des Eigentums rechtsbeschränkende Wirkung erlangen könne, nicht vorgegriffen werde, und er verweist dabei auf die oben erwähnten, von der bedingten Anflassung handelnden §§ 119—121. Dass Resolutivbedingungen im allgemeinen zulässig sind, versteht sich allerdings von selbst. Leider geht aber auch Johow nicht auf unsere spezielle Frage ein, ob gerade die Veräusserung selbst als Fall der Resolutivbedingung gesetzt werden kann.

Aus den bei den Vorarbeiten herangezogenen Partikularrechten sind noch zwei Bestimmnngen, des bayerischen Entwurfs und des Sächsischen Gesetzbuches, für unsere Frage von Interesse.

Der bayerische Entwurf von 1861 lautete in seinem Artikel 91 Absatz 3:

> „Letztwillige oder vertragsmässige Veräusserungsverbote haben nur dann rechtliche Wirkung, wenn sie die Sicherung der Anwartschaft eines Dritten auf die Sache bezwecken".

Die Motive dazu (S. 42) erwähnen die Bedingung insofern als sie sagen: „Sollte übrigens ausser dem Fall der Anwartschaft bei einer Veräusserung oder bei einer Zuwendung durch letzten Willen ein denkbares Interesse vorhanden sein, der Veräusserung der Sache durch den Erwerber entgegenzuwirken, so kann dieser Zweck in anderen erlaubten Rechtformen, namentlich durch Festsetzung von Bedingungen, erreicht und ein Surrogat für das Veräusserungsverbot gefunden werden". Also auch hier wird die Zulässigkeit von Bedingungen im allgemeinen bejaht, dagegen über unseren speziellen Fall nichts gesagt.

Eigentümlich lautet der § 223 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches:

> „Veräusserungen gegen ein gesetzliches, gegen ein nach Massgabe der Gesetze vom Gerichte unter Androhung der Nichtigkeit erlassenes, gegen ein in einem Vertrage mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung festgesetztes Verbot sind nichtig, ausgenommen, wenn die Veräusserung infolge des Rechtes eines anderen geschehen musste. In anderen Fällen eines Veräusserungs-

verbotes besteht die demselben zuwiderlaufende Veräusserung, vorbehältlich der Verbindlichkeit des Zuwiderhandelnden, den Beteiligten zu entschädigen.

Hier, hat es den Anschein, ist unser Fall gesetzlich behandelt. Vertragsmässige Veräusserungsverbote haben an sich keine dingliche Wirkung, ausser wenn es „ein in einem Vertrage mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung festgesetztes Verbot ist". Diese Bestimmung ist um so merkwürdiger, als die auflösende Bedingung nach § 291 des Sächs. BGB. sonst nur obligatorische Kraft hat. Ihre Auslegung hat deshalb der Wissenschaft und Praxis des Sächsischen Rechtes Schwierigkeit bereitet. Weder in den gedruckten Motiven noch in den ungedruckten Redaktions- und den Revisionsprotokollen zu dem Entwurf wird angegeben, welche Fälle man mit dieser Bestimmung treffen wollte. Die Motive (S. 673) sagen nur zu dem die obligatorische Wirkung der Resolutivbedingung festsetzenden § 302 des Entwurfes (= § 291 des Gesetzbuches), dass seine Vorschrift in Rücksicht auf den § 234 des Entwurfes (= § 223 des Gesetzbuches) nicht von grosser praktischer Bedeutung sei. Trotzdem will Siebenhaar[12]), der Mitglied der Gesetzgebungskommission war, den Fall des § 223 ganz scharf von der Beifügung einer Resolutivbedingung scheiden. Bei dieser entstehe nur obligatorische Wirkung. Hier aber sei die Tradition selbst eine beschränkte und der Erwerber erlange durch dieselbe nur eine beschränkte Herrschaft, weil ihm von Anfang an das Recht der Veräusserung abgeht. Mir scheint dieses Bemühen, in beide Bestimmungen Einklang zu bringen, seinen Zweck nicht erreicht zu haben. Besser ist der Versuch Schmidts[13]), beide Vorschriften zu vereinigen. Er nimmt wegen der entgegenstehenden nach § 291 bloss obligatorischen Wirkung der Resolutivbedingung nicht an, dass im Fall des § 223 das Eigentum der Sache infolge der verbotswidrigen Veräusserung an den ersten Veräusserer ohne weiteres zurückfalle, sondern gibt diesem nur eine persönliche Klage gegen den Veräusserer, allerdings auch nach § 960 auf Zession der

[12]) In seinem Kommentar zum Sächsischen Gesetzbuch zu § 223.

[13]) Vorlesungen über Sächsisches Privatrecht I S. 180 f.

Vindikation, die diesem wegen der Nichtigkeit der Veräusserung gegen den Erwerber zustehe. Ebenso entscheidet das Oberlandesgericht Dresden am 20. Dezember 1892 [14]), allerdings ohne das Vorliegen einer Resolutivbedingung zu betonen, aber in einem Fall, in dem die Parteien sich nur auf ein solches Vorliegen berufen haben können [15]), in kurzer Weise, dass durch ein solches Abkommen immerhin nur ein persönliches Recht erwachsen sein würde, dessen Bestehen auch in Verbindung mit der Verlautbarung im Grundbuch nicht geeignet sei, den Vertragsgegenstand dem Zugriff von Gläubigern der Verpflichteten zu entziehen.

Den Sinn des Paragraphen erkennt man aus seiner Entstehungsgeschichte. Der anfangs der Beratung zugrunde gelegte Heldsche Entwurf enthielt eine ähnliche Bestimmung nicht. Die weiterhin die Grundlage bildende [16]) Vorlage Ortloffs regelte in ihrem § 7 die Veräusserungsverbote, erkannte aber nur letztwillige als vollgültig an. Erst durch einen Antrag von Sintenis bekam der Paragraph seine jetzige Gestalt [17]). Die Protokolle geben nur zwar, wie erwähnt, keinen Anhalt für den Sinn dieser Bestimmung, sowenig wie Sintenis' kurzer Kommentar zum Gesetzbuch [18]). Dagegen begegnet uns die gleiche Wortfassung in dem praktischen Zivilrecht dieses Autors. Die Folgen vertragsmässiger Verbote bestehen, wie er dort sagt [19]), darin, „dass, wenn der Veräusserung der Charakter einer auflösenden Bedingung beigelegt wurde, . . . die Veräusserungen nichtig sind; entgegengesetztenfalls wird nur ein Obligationsverhältnis durch das Verbot begründet". Es ist somit klar, dass Sintenis für das gemeine Recht, ausgehend von der

[14]) Annalen des Dresdener Oberlandesgerichtes Bd. 14 S. 337.

[15]) Denn auf ein offensichtlich nach § 223 ungültiges Verbot werden sie ihre Beschwerde nicht gegründet haben. Die Entscheidung spricht auch von der vertragsmässigen Verfügungsbeschränkung des § 223.

[16]) Bemerkungen von Ortloff zu §§ 270 ff. S. 2 v.

[17]) Protokoll Nr. 34 vom 6. November 1856, S. 17—25, Nr. 35 vom 8. November 1856, S. 1 ff, Nr. 43 vom 27. November 1856, S. 56—58, Nr. 44 vom 29. November 1856, S. 1 ff.

[18]) Sintenis, Anleitung zum Studium des BGB. für Sachsen, Leipzig 1864, zu § 223.

[19]) Sintenis, Praktisches gemeines Zivilrecht, Bd. I § 38 a. E.

damals herrschenden Ansicht, dass die Resolutivbedingung im allgemeinen dingliche Wirkung habe, unsere Frage bejaht und dem in die Form einer Resolutivbedingung gekleideten Veräusserungsverbot Gültigkeit zuspricht. Wie seine Meinung und die sie wiedergebende Vorschrift des § 223 des Sächsischen Gesetzbuches mit der dort bloss obligatorischen Wirkung der Resolutivbedingung zu vereinigen ist, kann hier nicht weiter geprüft werden.

III.

Allgemeine Gründe.

Die Behauptung, die Resolutivbedingung „im Fall der Veräusserung" sei zulässig, stützt sich zunächst auf die allgemeine Erwägung, dass Bedingungen überall zulässig seien, wo sie nicht besonders — was bei der Tradition nicht der Fall ist — verboten sind, sowie dass es gleichgültig sei, was für eine Tatsache als die Erfüllungstatsache bezeichnet werde.

Diese Beweisführung ist aber keine durchschlagende. Wenn man lediglich die Stellung beider Vorschriften, des § 137 und der §§ 158, 161, im System ins Auge fasst, muss man im Gegenteil sogar die Bedingung ohne weiteres nachstehen lassen. Denn der § 137 steht zwischen den denkbar schärfsten zwingenden Gesetzen des § 134, der ein gegen ein gesetzliches Verbot verstossendes Rechtsgeschäft für nichtig erklärt, und des § 138, der die Nichtigkeit der gegen die guten Sitten verstossenden Geschäfte bestimmt. Auch kann man die Zulässigkeit der Bedingung nicht ohne weiteres dadurch retten, dass man sich auf den Schluss des § 134 „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" beruft, den ja auch der Vorgänger des § 137, der § 796 E. I enthielt, der dort aber — allerdings aus dem entgegengesetzten Grunde, weil man glaubte, es käme keine Ausnahme vor [1]), — gestrichen wurde. Denn wenn man alles, was

[1]) Über die Frage, ob es im BGB. Ausnahmen von § 137 gibt, siehe Reichel in seiner Abhandlung über die Vormerkung in Iherings Jahrbücher 46, 1904, S. 77 (zu 1010 Abs. 1) und S. 156 f. Vgl. zu der Frage auch die interessante Entscheidung des OLG. Hamburg vom 29. Januar 1904 in

die allgemeine Vorschrift des § 134 rein zu tun verbietet, auf Grund einer ebenso allgemeinen Vorschrift bedingt tun könnte, so wäre das nur die Aufhebung der ersten Norm durch die zweite. Das kann zweifellos nicht Sinn des Gesetzes sein. Der Schluss des § 134 findet auch genügende Anwendung bei dem § 137 darin, dass dieser bloss die dingliche Wirkung ausschliesst, die obligatorische dagegen bestehen lässt.

Es liegt auf der Hand, dass im Gegenteil die Lehre von den Bedingungen genau so unter den Verbotsgesetzen der §§ 134 ff. steht wie jeder andere Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es ist dabei auch gleichgültig, ob die Bedingung bei an sich einwandfreier Erfüllungstatsache einen verbotenen oder unsittlichen Erfolg anstrebt oder ob der Zweck erlaubt, aber als Erfüllungstatsache, auf die sie gestellt ist, eine an sich verbotene oder unsittliche Handlung des Berechtigten gewählt ist, in beiden Fällen ist das Rechtsgeschäft nichtig. Ebenso ist es gleichgültig, ob man die Bedingung als logisch untrennbaren Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung ansieht oder — was m. E. für die Resolutivbedingung zutreffender ist — als eine logisch gesonderte Nebenklausel des Hauptgeschäftes. Das Rechtsgeschäft, das sie in dem einen wie dem anderen Fall darstellt, ist jedenfalls bei Verstoss gegen Gesetz oder Sitte ungültig, und es kommt nur, was hier nicht interessiert, in Frage, ob beim Ausgehen von der zweiten Ansicht alsdann die Bedingung den Regeln des § 139 über teilweise Nichtigkeit unterstände.

Auch für das Eigentum an Grundstücken könnte die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Resolutivbedingung „im Fall der Weiterveräusserung“ gestellt werden. Denn wenn auch eine bedingte Auflassung nach § 925 unwirksam ist und somit hier ein bedingt Berechtigter bloss einen obligatorischen Anspruch haben kann, so kann doch dieser Anspruch gemäss § 883 durch eine Vormerkung gesichert und so verdinglicht werden. Aber auch hier folgt aus der allgemeinen Zulässigkeit

---

Lobes Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 5 S. 254 ff., die sich mit den §§ 59, 60, 90 des Ges. über die Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 beschäftigt, und in Vergleich damit und in Verbindung mit § 1136 das preussische Gesetz über die Bahneinheiten § 17.

der Sicherung bedingter Ansprüche nichts für die Zulässigkeit gerade unserer Bedingung. Vielmehr zeigt gerade der § 137, dass auch der § 883 seine Grenze an allgemeinen Verboten findet. Denn auch der § 137 Satz 2 gewährt einen obligatorischen Anspruch auf Einhalten der Verpflichtung. Wenn dieser aber durch eine solche Vormerkung verdinglicht werden könnte, so wäre damit dem § 137 Satz 1, der die Dinglichkeit ausschliessen will, die Wirkung auf Grundstücke entzogen [2]) [3]). Das kann aber nicht Absicht des Gesetzes sein, denn die Geschäfte, die der § 137 verhindern will, wurden erfahrungsgemäss, wie die unten mitgeteilte Praxis zeigen wird, gerade über Grundstücke geschlossen. Also auch hier zeigt sich, dass der § 883 nicht alles andere bricht, sondern sich den allgemeineren Grundsätzen unterordnen muss [4]). So lässt sich auch die Zulässigkeit der Bedingung „im Fall der Weiterveräusserung" nicht durch einfaches Beziehen auf ihn behaupten [5]), sondern sie bedarf des Nachweises, dass sie nicht gegen andere allgemeine Prinzipien verstösst.

Auch die Berufung darauf [6]), dass ein solches rechtsgeschäftliches Verbot im Fall der Gefährdung durch ein richterliches Veräusserungsverbot geschützt und somit doch verdinglicht werden könnte, ist für unsere Frage nicht ausschlaggebend. Allerdings sind solche die Veräusserung verbietende einstweilige Verfügungen auch hier zulässig. Sie können vorkommen bei einer Feststellungsklage, die darauf geht, festzustellen, dass dem Schuldner das Recht der Veräusserung nicht zustehe. Sie

---

[2]) Nicht zu verwechseln damit ist die zulässige Verdinglichung der obligatorischen Ersatzansprüche, etwa einer Konventionalstrafe durch Sicherungshypothek.

[3]) Andere Gründe gegen die Unzulässigkeit einer Vormerkung siehe bei Reichel in seiner zitierten Abhandlung in Iherings Jahrbücher 46, 1904, S. 75 f. Vgl. auch OLG. Jena in „Das Recht" 1902 Nr. 1284.

[4]) Dass § 892 Abs. 1 Satz 2 keine Handhabe zur Eintragung gibt, versteht sich nach dem Gesagten von selbst. Eingehend begründet wird die Unzulässigkeit einer solchen Eintragung vom Landgericht München im Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 1 S. 515 ff.

[5]) Wie es Neumann, Handausgabe 2. Aufl. zu § 137, tut.

[6]) Dernburg I S. 372. Das gleiche nehmen an Brütt, siehe oben I Anm. 7, Neumann zu § 137 und Enneccerus, 2. Aufl. I S. 159 Anm. 1.

könnten auch vorkommen bei einer Leistungsklage auf künftiges Unterlassen einer solchen Veräusserung, falls man die neue, hierauf allerdings weder dem Zweck noch dem Wortlaut des § 259 ZPO. nach berechnete, Klage auf künftige Leistung in diesem Fall prozessual zulassen wollte [7]. Aber in beiden Fällen wäre ihre Wirksamkeit auf die Zeit bis zum Urteil beschränkt. Sie könnten jedoch nicht etwa zur Durchführung eines solchen Urteils dienen. Denn das Feststellungsurteil kennt seiner Natur nach keine Vollstreckung. Das auf Unterlassungen gehende Leistungsurteil kann aber nur gemäss § 890 durch Androhung von Geldstrafen und Haft vollstreckt werden und auch diese kommen, da sie nur „wegen einer jeden Zuwiderhandlung" stattfinden [8], zu spät. Veräusserungen sind Rechtsgeschäfte, Willenserklärungen. Die dazu gehörenden körperlichen Handlungen wie Übergabe sind als solche indifferent, kommen auch bei den blossen Gebrauchsübertragungen vor und deshalb ist eine auf ihre Verhinderung gerichtete Zwangsvollstreckung hier nicht zulässig, da sie zuweit gehen würde. Es zeigt sich hier wieder einmal klar der Zusammenhang zwischen Zivilrecht und Prozess. Die anzustrengende Klage wäre eine Leistungsklage auf Unterlassung einer Willenserklärung. Nun kennt zwar die ZPO. eine Zwangsvollstreckung auf Abgabe einer Willenserklärung, indem nach § 894 das Urteil die Abgabe der Erklärung ersetzt. Sie hat aber keine analoge Bestimmung zum Erzwingen der Unterlassung einer Erklärung, etwa dahin gehend, dass das Urteil dem Schuldner die Erklärungsmöglichkeit durch ein Veräusserungsverbot nach Art des § 136 BGB. nehme [9]. Und ganz mit Recht. Denn entweder ist der Schuldner nicht befugt zur Erklärung, dann ist Klage, Urteil und das Geben eines solchen besonderen Vollstreckungsmittels überflüssig, weil seine Erklärung ohnehin keine Macht hat. Oder er ist zivilrechtlich dazu befugt, wie in unserem Fall des § 137 zur Veräusserung, dann darf ihm das Recht auch nicht durch Klage und Prozess aus obligatorischen Verpflichtungen genommen werden. Mit anderen

[7] Wie Brütt (siehe oben I Anm. 7) S. 84 ohne Begründung annimmt.
[8] Was Brütt übersieht.
[9] Was Brütt S. 86 anscheinend glaubt.

Worten, es zeigt sich hieraus, dass der Gläubiger aus Satz 2 des § 137 mit Erfolg stets nur auf Ersatz wegen Nichterfüllung, nicht aber auf Erfüllung d. h. Unterlassen klagen kann. Das ist auch gut, denn sonst liesse sich der Zweck, den der Satz 1 des § 137 verfolgt, auf die leichteste Weise illusorisch machen.

Die blosse Betrachtung nach allgemeinen Grundsätzen genügt also nicht, um eine Entscheidung unserer Frage zu erhalten. Nähere Einzelprüfung ist nötig, und dabei wird es praktisch sein, die möglichen Fälle für die Betrachtung in drei Gruppen zu gliedern:

1. Gemeinrechtlich gesprochen: Setzung eines nudum praeceptum ohne tertius cuius respectu. Das heisst: Unter Lebenden oder von Todes wegen wird bestimmt, dass der Eigentümer nicht berechtigt sein soll zur Verfügung und dass somit „im Fall der Veräusserung“ diese Veräusserung nichtig sein soll, ohne dass aber eine andere Person bestimmt wird, der die Sache etwa nun zufallen solle, so dass sie somit immer wieder auf den gegen das Verbot handelnden Eigentümer selbst zurückfallen würde.

2. Unter Lebenden wird bestimmt, dass „im Fall der Veräusserung“ das Eigentum von dem verbotswidrig Handelnden auf den anderen Vertragsteil oder auf einen Dritten übergehen soll.

3. Von Todes wegen wird bestimmt, dass „im Fall der Veräusserung“ das Eigentum an einen Dritten gelangen oder unter die Verfügung eines Testamentsvollstreckers fallen soll.

Für alle drei Fälle ist wiederholt darauf hinzuweisen, dass dem Verbot der Veräusserung ein Verbot der Pfändung durch die Gläubiger des Verpflichteten gleichkommt, einerlei, ob das Verbot in einer Verfügungsbeschränkung oder in einer Resolutivbedingung steckt. Nur insofern besteht ein Unterschied, als bei dem Verbot, wie es § 772 ZPO. für das gesetzliche und richterliche Verbot noch besonders sagt, die Zwangsvollstreckung überhaupt unzulässig wäre, während sie bei Resolutivbedingungen zunächst zulässig ist, aber bei späterem Eintritt der Bedingung nach § 161 BGB. unwirksam wird.

IV.

Das reine Veräusserungsverbot.

Die erste Gruppe, die der Fälle des nudum praeceptum ohne tertius cuius respectu, bietet bei der Prüfung keine grossen Schwierigkeiten. Ein solches Setzen der Unmöglichkeit der Veräusserung mit stetem Rückfall des Eigentums auf den verbotswidrig handelnden Eigentümer kommt auf erbrechtlichem Gebiet als mildere Form der Enterbung in guter Absicht vor [1]), häufig auch in der Art, dass die Befriedigung der Gläubiger des Eingesetzten ausgeschlossen wird. Letzteres wurde selbst von der preussischen Praxis nicht anerkannt [2]), trotzdem das ALR. I 4 §§ 15, 17 ein derartiges Veräusserungsverbot zulässt [3]). Aus dem Vermögensrecht gehört hierher die schon gemeinrechtlich [4]) bekannte Bestimmung, dass der Hypothekenschuldner das Grundstück nicht veräussern und belasten dürfe. Ihr ist aber durch § 1136 BGB. ausdrücklich jegliche Kraft, nicht bloss die dingliche, sondern auch die obligatorische entzogen. Andere Fälle sind die Bestimmung, dass nur an besonders qualifizierte Dritte veräussert werden darf, z. B. nur an Deutsche, nicht an Polen [5]) oder nur an solche, die in einen Vertrag eintreten [6]), oder nur an Kinder derselben Familie [7]); ferner dass man sich bei einem die Form des § 313 erfüllenden Angebot oder bei

---

[1]) Vgl. Seuff. Arch 3 S. 334 Nr. 302 und Ob.-Trib. 45 S. 218, 48 S. 236. 82 S. 104; Striethorsts Archiv 35 S. 28, 85 S. 249.

[2]) RGE. 1 S. 175 ff., vgl. 14 S. 278 ff., 25 S. 292 ff.; vielfach anders die frühere in Anm. 1 angegebene Praxis. Ebenso für das Gemeine Recht Seuff., Arch. 3 S. 108 Nr. 86, vgl 9 S. 417 Nr. 318, 40 S. 320; Bolze 1 S. 304 Nr. 1368. Wenn dagegen für den Fall der Pfändung Übergang der Sache an einen Dritten bestimmt wird, so ist das für das Preussische Recht gültig. RGE. 22 S. 280; Bolze 3 S. 278 Nr. 927, 13 S. 139 Nr. 264.

[3]) Auch daran zweifelnd RGE. 43 S. 338.

[4]) Der Streit über ihre Gültigkeit knüpft an l. 7 § 2 D. 20, 5 an; vgl. Windscheid I § 172 a. Über die Stellung der Partikularrechte siehe Motive III S. 681 f.

[5]) Obligatorisch wirksam. RGE. 55 S. 78.

[6]) Sammlung bayrischer Entscheidungen 16 S. 337.

[7]) Bolze 6 S. 283; vgl. auch RGE. 46 S. 165.

Beauftragung eines Grundstücksmäklers verpflichtet, bis zu einer gewissen Zeit nicht an andere zu veräussern [8]) oder dass Miteigentümer ohne Einräumung eines Vorkaufsrechtes sich gegenseitig verpflichten, nicht ohne Zustimmung der anderen zu veräussern [9]) oder dass Miteigentümer dadurch die Zwangsversteigerung von Anteilen abwehren wollen [10]). Andere Fälle sind, dass jemand nicht veräussern soll, solange die Kinder unversorgt sind [11]), oder dass jemand sein Gut übergibt, sich aber nicht bloss Niessbrauch und Verwaltung, sondern auch noch die Verfügung vorbehält [12]) [13]). Aus dem Familienrecht ist zu erwähnen die Bestimmung in einem sonst die Gütertrennung festsetzenden Vertrage, dass die Ehefrau Grundstücke nur mit Einwilligung des Mannes soll veräussern können [14]).

Alle diese Geschäfte fallen unter den § 137 und begründen somit keine dingliche Wirkung gegen Dritte, wenn der Verpflichtete an sie veräussert hat. Es bleibt also nur der obligatorische Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, zu dem aber auch der Nachweis eines wirklichen vermögenswerten Schadens gehört. Dieser Nachweis wird in den meisten Fällen überhaupt nicht oder nur sehr schwer zu führen sein, so dass meist nur durch die Setzung einer Konventionalstrafe der Verpflichtete zur Erfüllung seiner Pflicht sich wird anhalten lassen. Dieses Strafversprechen ist selbstverständlich zulässig,

---

[8]) Rechtsprechung der OLG. 2 S. 226. Jurist. Wochenschrift 1905 S. 75.

[9]) Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1 S. 515 ff.

[10]) Bolze 9 S. 431 Nr. 910.

[11]) Sammlung von Entsch. des Bayrischen Obersten Gerichtshofes 2, 1873, S. 84.

[12]) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 10 S. 69.

[13]) Vgl. auch Annalen des Sächs. OLG. Bd. 24 S. 336: Ablehnung der Eintragung eines Verzichtes auf Ersatzansprüche wegen etwaiger Bergbauschäden als Verfügungsbeschränkung des jeweiligen Eigentümers. — Vgl. ferner Entsch. des Kammergerichts Bd. 21 A S. 133 mit unklarem, anscheinend auf einem gegenseitigen Berliner Testament beruhenden Tatbestand, nach welchem die eingetragene Eigentümerin Eintragung einer Verfügungsbeschränkung verlangt, weil sie nur Niessbrauch und der Gläubiger das Eigentum habe. Eintragung wurde wegen § 137 abgelehnt.

[14]) Rechtsprechung der OLG. 1 S. 457. Das greift auch in die Frage hinüber, wieweit Kombinierung der verschiedenen Güterrechte des BGB. möglich ist.

da es ja nicht dem dinglichen, sondern dem obligatorischen Vertrage zugefügt wird.

In allen diesen Fällen taucht die Frage, ob der Zweck nicht unter Umgehung des § 137 durch Setzen einer Resolutivbedingung erreicht werden kann, gar nicht auf. Denn selbst wenn das Geschäft in die Worte „im Fall der Veräusserung oder der Pfändung“ gekleidet ist, liegt doch keine Resolutivbedingung vor. Denn zum Wesen dieser Nebenbestimmung gehört, dass bei ihrer Erfüllung die Wirkung des Hauptgeschäftes „endigt“, § 158 BGB. Hier aber soll ja gerade der Eigentümer ruhig weiter Eigentümer bleiben, also die Wirkung des Hauptgeschäftes fortdauern. Folglich können solche Bestimmungen nur nach § 137 beurteilt werden und sind daher dinglich nicht wirksam. Dass bei Grundstücken auch nicht durch eine Vormerkung geholfen werden kann, haben wir schon oben [15]) gesehen. Für diese speziellen Fälle ist noch zu bemerken, dass es auch an einem Berechtigten fehlt, auf dessen Namen sie gestellt werden könnte.

V.

Veräusserungsverbot und Resolutivbedingung bei Geschäften unter Lebenden.

Es sind nun weiter die Fälle zu prüfen, in denen unter Lebenden durch Vertrag nicht bloss wie beim nudum praeceptum bestimmt wird, dass ein Gegenstand nicht veräussert werden darf, sondern dazu noch, dass er im Fall der Veräusserung auf den anderen Kontrahenten oder auf einen Dritten übergehen soll. Die Hinzufügung einer solchen Klausel würde an sich nichts daran ändern, dass solchen Verträgen auf Grund des § 137 nur obligatorische, nicht aber dingliche Wirkung zugebilligt werden könnte. Aber gerade hier liegt die Frage, ob sich nicht hinter einer solchen Verabredung eine Resolutivbedingung mit dinglicher Wirksamkeit verbirgt, besonders nahe. Es kommen hierbei nur Verträge, nicht einseitige Rechtsgeschäfte in Betracht,

[15]) Oben III zu Anm. 4.

da es sich ja nicht um das gültige obligatorische Kausalgeschäft, sondern um das dingliche Übertragungsgeschäft handelt. Schulfälle solcher Art sind: Ich verkaufe oder schenke meinem Neffen ein Familienstück oder dem juristischen Seminar meine Bibliothek oder einem Museum meine Bilder und verbiete die Veräusserung oder füge die Klausel hinzu, dass im Fall der Veräusserung das Eigentum auf mich zurückfallen oder auf Geschwister oder andere Personen übergehen soll. Praktische Fälle dieser Art finden sich in den grösseren Entscheidungssammlungen so gut wie gar nicht[1]), was nicht gerade für die Notwendigkeit der Zulassung derartiger Resolutivbedingungen spricht.

Die Möglichkeit, in solchen Geschäften Resolutivbedingungen zu erblicken, ist auch keine allgemeine. Zunächst ist für den Fall, dass ein Dritter als Anfallsberechtigter benannt wird, zu bemerken, dass hier bei beweglichen Sachen vom Setzen einer dinglichen Resolutivbedingung nicht die Rede sein kann, da ja durch die eintretende Endigung der Wirkung des Hauptgeschäftes zwar der Zweite das Eigentum verlieren würde, nicht aber der Dritte es erwerben könnte. Es kann hierbei auch nicht gedacht werden an einen etwaigen zugleich mitgeschlossenen bedingten Vertrag zugunsten des Dritten, derart, dass das Eintreten der Resolutivbedingung des Hauptvertrages für den Erwerb des Dritten eine Suspensivbedingung sein sollte. Denn es gibt keinen dinglichen Vertrag zugunsten Dritter, vielmehr hat der Dritte nach § 328 stets nur das obligatorische Recht vom Zweiten „die Leistung zu fordern". Bei Grundstücken aber käme in Frage, ob für den Dritten auf Grund eines solchen bedingten Vertrages zu seinen Gunsten gemäss § 883 eine Vormerkung eingetragen werden könnte.

Eine weitere Einschränkung liegt darin, dass immer eine Veräusserung des Gegenstandes seitens des verbietenden Kontrahenten an den anderen vorliegen muss. Denn bei dem schon

[1]) Die Auslegung der Pachtklausel, dass der Pächter den Dünger nicht verkaufen dürfe, bei Seuff. Arch. 24 S. 317 Nr. 202, wird man schwerlich hierher ziehen wollen. Sie wird dort richtig nur für die zur rationellen Bewirtschaftung nötige Menge für gültig, darüber hinaus für ungültig erklärt. — Seuff. Arch. 33 S. 275 Nr. 201 gibt keinen Tatbestand an.

bestehenden Eigentum des Verpflichteten kann es sich natürlich nur um ein einfaches dinglich unwirksames Veräusserungsverbot handeln, nicht aber um eine Resolutivbedingung, da diese ja an einen dinglichen Vertrag geknüpft sein muss, um dinglich wirken zu können. Ausnahme bei Grundstücken, bei denen wiederum die Zulässigkeit einer Vormerkung nach § 883 in Frage steht.

Es ist auch erklärlich, dass, wie nach dem Mangel an Entscheidungen anzunehmen ist, derartige Geschäfte mit einer gerade auf den Fall der Weiterveräusserung gestellten Klausel des Rückfalls an den Veräusserer nicht häufig sind. Denn wer ein solches Interesse daran hat, dass Sachen nicht in fremde Hände geraten, wird diese in der Regel, solange er lebt, selbst behalten oder wenn ihre Übertragung nötig ist, dem anderen nur das übertragen, was nach Abzug des Verfügungsrechtes tatsächlich übrig bleibt, nämlich den Niessbrauch, der ja den Besitz und die Verwaltung auch gibt und sich durch Ausschluss solcher dispositiven Sätze des BGB., die den Niessbraucher beschränken, sehr ausdehnen lässt. Die hauptsächlichste Veranlassung zu solchen Geschäften unter Lebenden, an die man denken könnte wäre etwa, dass Eltern ihre Kinder oder Verwandte nicht auf ihren Tod warten lassen wollen, sondern ihnen schon zu Lebzeiten Vermögen abtreten, um sie selbständig zu machen, dabei aber doch eine Sicherheit gegen etwaige Misswirtschaft dieser Kinder haben möchten. Aber auch hierzu sind solche Geschäfte nicht tauglich. Denn solche Abtretungen geschehen, um die Kinder durch den Besitz eigenen Vermögens verkehrs- und kreditfähig zu machen. Letzteres wird aber hier durch die die Unpfändbarkeit bewirkende Resolutivbedingung ausgeschlossen. Ausserdem stehen, soweit entgeltliche Verträge in Frage kommen, den Kontrahenten in dem Institut des Vorkaufes, eventuell bei Mischung mit anderen Zwecken, auch noch des jetzt im Zweifel suspensiv wirkenden sog. pactum reservati dominii des § 455, genügende Mittel zur Verfügung[2]). Und bei Zuwendungen von Gemäldegalerien, Bibliotheken u. dgl.

[2]) Und dazu noch die dingliche Sicherung der eventuellen obligatorischen Ersatzansprüche. Vgl. oben III Anm. 1.

an öffentlich-rechtliche Institute bewirkt auch die öffentlich-rechtliche Überwachung, dass der Stifter auf die Erfüllung seiner Wünsche vertrauen kann.

Aber wenn auch selten, immerhin wäre es denkbar, dass Parteien einen derartigen Vertrag schliessen[3]), und es ist seine Gültigkeit zu prüfen. Da spricht zunächst gegen die Zulässigkeit einer solchen Bedingung, dass im Verkehr Veräusserungsverbot und Resolutivbedingung sich häufig nicht scharf scheiden lassen. Die Bedingung braucht nicht immer gerade mit den sakralen Worten „Wenn du veräusserst, soll die Sache an mich zurückfallen“ gesetzt zu sein. Auch hier gilt die alte goldene Regel des § 133, dass „der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“ ist. Wie bei den Geschäften auf den Todesfall, so wird auch hier bei Veräusserungsverboten unter Lebenden in der Mehrzahl der Fälle der Zweck beabsichtigt sein, die Sache nicht aus einem gewissen Kreis von Personen, insbesondere der Familie im engeren oder weiteren Sinn, herauskommen zu lassen. Dieser Zweck wird meist auch bei den Vertragsverabredungen zum Ausdruck kommen. Der Gedanke „Wenn der Verpflichtete meinen Willen missachtet, soll er die Sache nicht mehr haben“ — also kein nudum praeceptum der zu 1 geschilderten Art — liegt zu nahe und damit wäre die Bedingtheit der Übertragung schon gegeben. Es sind das eben Fälle des modus, der Auflage, oder mit Windscheid gesprochen, der Voraussetzung, die soviel Ähnlichkeit mit der Bedingung haben und bei der man auch im Gemeinen Recht ein, wenn auch bloss obligatorisches Recht auf Rückgabe annahm, wie es Windscheid[4]) gerade für den speziellen Fall des Verstosses gegen ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot auch ausspricht. Nimmt man für das jetzige Recht noch die ausdrückliche Anweisung des § 140 dazu,

> „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde“

[3]) Oben I zu Anm. 9, 10 wurde darauf hingewiesen, dass manche das Fiduciargeschäft so konstruieren wollen.

[4]) Windscheid I § 172 a a. E.

dessen letzter Satz hier so offensichtlich herpassen würde, so müsste man sich sagen, dass in den meisten Fällen dieser Art die Erreichung des Zweckes des § 137 der Resolutivbedingung weichen müsste und daher der § 137 für sie pro nihilo geschrieben wäre.

Ferner spricht gegen die Zulässigkeit einer solchen dinglich wirkenden Bedingung der Umstand, dass alsdann die Möglichkeit gegeben wäre, auf diesem Wege Vermögensstücke in Ewigkeit dem Verkehr zu entziehen. Im Erbrecht verhindert das Bürgerliche Gesetzbuch die Ausführung solcher Absichten dadurch, dass es die bekannte Längstfrist von 30 Jahren für den Teilungsausschluss § 2044, für die Einsetzung von Nacherben § 2109, für die Übertragung der Verwaltung an Testamentsvollstrecker § 2210 und für bedingte Vermächtnisse § 2162 setzt. Die gleiche Frist für den Vorbehalt des Wiederkaufs in § 503 zeigt, dass es natürlich bei Geschäften unter Lebenden denselben Standpunkt einnimmt. Die Bedingungen bei Geschäften unter Lebenden unterliegen aber einer solchen zeitlichen Beschränkung nicht, und es wäre alsdann möglich, diesen wirtschaftlich so bedeutsamen Grundsatz des BGB. einfach durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden zu umgehen. „Ich schenke meinem Sohne zu Lebzeiten mein Grundvermögen mit der Bedingung, dass weder er noch seine Erben es veräussern dürfen und dass es im Fall der Veräusserung an den jeweils nächsten Agnaten fallen soll“, das wäre Stiftung eines Fideikommisses, die nach § 161 auch den Zugriff der Gläubiger ausschliessen würde. Gerade diese Folge spricht noch speziell gegen die oben erwähnte denkbare Zulassung einer Vormerkung nach § 883, wenn einem Dritten oder wenn bei schon bestehendem Eigentum dem anderen Kontrahenten das Eigentum zugedacht ist.

Aber ganz abgesehen von solchen Einzelerwägungen. Es ist nicht so, wie Riezler meint[5]), dass hier eine zulässige Umgehung des § 137 vorliege, weil auf den zur Umgehung gewählten rechtsgeschäftlichen Tatbestand eben die ratio, auf welche § 137 gegründet ist, wohl nicht zutreffe. Vielmehr wird durch die besondere Art gerade dieser Resolutivbedingung „im

[5]) Riezler in Staudingers Kommentar zu § 137. Siehe oben I Anm. 5.

Fall der Weiterveräusserung" genau das geschaffen, was § 137 verhüten will.

Zunächst zur Klärung der Grundlagen ein Wort über die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung. Weil sie den nichtsahnenden Dritten, der sich mit dem bloss resolutiv berechtigten Zweiten einlässt, durch ihre dingliche Wirkung so überaus gefährdet, hat Ihering sie einmal in seiner treffenden Weise „einen der verwerflichsten Rechtsmechanismen" genannt. Durch die Vorschriften über den Erwerb im guten Glauben von dem Nichtberechtigten und das Publizitätsprinzip glaubte man, wie die Motive[6]) zeigen und Alfred Schultze[7]) näher ausführt, diese Härten einer dinglichen Resolutivbedingung zu beseitigen. Aber das ist dadurch doch nur zum Teil geschehen. Denn die Bestimmungen gelten nur für rechtsgeschäftlichen Erwerb und schützen daher nur den, der im Wege des Rechtsgeschäftes die Sachen von dem Verpflichteten erwirbt, nicht aber schützen sie vollständig seine Gläubiger, die im Vertrauen auf seinen nach aussen sich zeigenden Besitz mit ihm in Verkehr getreten sind, jetzt aber bei einer Pfändung infolge des § 161 sich getäuscht sehen. Der Weiterverkauf seitens des Erwerbers einer Sache pflegt aber doch nur im Handelsverkehr die Regel zu sein, und in diesem sind solche Resolutivverkäufe nicht üblich, da sie ja seiner Natur gänzlich widersprechen. Im gewöhnlichen Verkehr des Bürgers und Bauern dagegen erwirbt man Sachen, um sie zu behalten. Bei ihnen kommen solche Resolutivbedingungen vor und bei ihnen personifiziert sich der schutzbedürftige Verkehr mit Dritten nicht in dem hier seltenen späteren Käufer, sondern in den Gläubigern. Auf einen geschützten Käufer werden wohl mehr wie zehn ungeschützte und getäuschte Gläubiger kommen, für die nach wie vor die Dinglichkeit der Resolutivbedingung einer der verwerflichsten Rechtsmechanismen bleibt. Auch hier rächt sich der schon oft gemachte und oft gerügte Fehler, dass man bei Aufstellung der Lehre von den Bedingungen vor allem die Suspensivbedingung im Auge hat und dann die Resolutiv-

[6]) Motive I S. 253 f.

[7]) A. Schultze in seiner oben I Anm. 2 zitierten Abhandlung.

bedingung schablonisierend unter deren Sätze stellt, trotzdem sie wesentlich von ihr verschieden ist. Denn man kann auch nicht etwa behaupten, diesen Gläubigern des Empfängers der Sache könnten keine Ansprüche auf das noch unvollkommene Recht ihres Schuldners eingeräumt werden. Das ist richtig für die Suspensivbedingung, weil bei dieser die Rechtsmacht bei dem Geber der Sache bis zum Eintritt zurückbleibt. Die Resolutivbedingung dagegen ist in allen Gesetzgebungen so konstruiert, dass diese Rechtsmacht übergeht auf den Empfänger. Der Nehmer ist jetzt Herr der Sache, sein Recht ist das vollkommene, und seine Gläubiger schutzbedürftig, d. h. gerade so vollkommen und schutzbedürftig wie bei der Suspensivbedingung das Recht des Gebers und dessen dort geschützte Gläubiger. Unvollkommen ist aber — da was für den Empfänger eine Resolutivbedingung ist, für das Rückforderungsrecht des Gebers den Charakter einer Suspensivbedingung trägt — dieses Rückforderungsrecht des Gebers. Die Gläubiger des Empfängers müssten also zum Zugriff berechtigt sein, und wenn hier umgekehrt dieser Anspruch den Gläubigern des Gebers trotz dessen unvollkommenen Rechtes zugebilligt ist, so scheint mir auch hier wie an anderen Stellen das Zünglein der Wage auszuschlagen zugunsten des Gläubigers, des Aulus, dessen der bei dem Geschäft das Geld zu fordern hat und zuungunsten des Schuldners Numerius, dem die Sache verkauft wurde. Es ist auffallend, dass die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, die in den Vorarbeiten wie im Gesetzbuch eine so grosse Rolle spielt und die gerade für die Regelung unseres vertragsmässigen Pfandrechtes mit Recht Anfang und Ende geworden ist, hier bei dem Pfändungspfandrecht so wenig Beachtung gefunden hat. Es ist zwar jetzt so unser bürgerliches Recht, aber die Einsicht in diesen Zwiespalt wird uns abhalten, den Wirkungskreis der dinglichen Resolutivbedingung allzu leichten Herzens zu erweitern. Und dass auch das BGB. von einem instinktiven Widerwillen gegen ihre Anwendung beseelt ist, zeigt, dass es gerade in den praktischsten Fällen, wo früher häufig Resolutivbedingung angenommen wurde, nämlich beim Eigentumsvorbehalt § 455 und beim Kauf auf Probe § 445 (wie in § 399 des alten HGB.) jetzt im Zweifel das Vorliegen einer bloss aufschiebenden

Bedingung annimmt und dass es auch für den Wiederkauf in § 499 nur eine obligatorische Rückgabepflicht statuiert.

Jedoch der Hauptgrund gegen die Zulässigkeit einer solchen Resolutivbedingung bleibt der, dass durch sie genau der Tatbestand geschaffen würde, dem der § 137 die Rechtswirksamkeit versagen will. Die Bestimmung des § 137 will verhüten, dass jemand Vermögensstücke und so schliesslich sein ganzes Vermögen ausser Verkehr setzen und damit den Zeugnissen seiner Gläubiger entziehen könne. Denn worüber der Schuldner selbst rechtsgeschäftlich nicht verfügen kann, darüber können seine Gläubiger auch nicht zwangsweise verfügen. Gerade so wie es für den Fall des Bestehens eines gesetzlichen oder richterlichen Veräusserungsverbotes in § 772 ZPO. zur Vermeidung von Zweifeln noch besonders gesagt ist, könnte der Schuldner hier die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend machen. Genau dasselbe würde aber auch bei Vorliegen einer solchen Bedingung eintreten, da sie ja ausdrücklich schon auf den Fall der Weiterveräusserung und der ihr gleichstehenden Pfändung gestellt ist. Man kann nicht etwa einwenden, das sei bei allen Resolutivbedingungen so, und es wäre nicht einzusehen, warum es nun bei dieser gerade gegen das Gesetz verstossen sollte. Denn, wie schon kurz erwähnt, der § 161 verbietet die Zwangsvollstreckung nicht. Im Gegenteil ist die Hinzufügung eines dem jetzigen § 772 ZPO. gleichen Verbotes ausdrücklich deswegen abgelehnt worden[8]), weil „durch das Verbot die Möglichkeit eröffnet würde, durch bedingte Rechtsgeschäfte Gegenstände des Vermögens beliebig der Zwangsvollstreckung zu entziehen". Nach § 161 ist die Zwangsvollstreckung zunächst ruhig zulässig, und erst später bei Eintritt der Bedingung wird die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung unwirksam. Folglich bietet der vermögenswerte Gebrauch und Genuss der Zwischenzeit das Objekt, das dem Gläubiger zur Befriedigung dient. Natürlich erhält in der Regel der Gläubiger nicht das, was ihm die Vollstreckung in das unbelastete Vermögenstück bringen würde. Hat der Gebrauch und Genuss für Dritte keinen Vermögenswert oder

[8]) Motive I S. 260. Vgl. oben II Anm. 9.

steht die Erfüllung der Bedingung vor der Tür, so wird er wenig oder nichts erhalten. Umgekehrt bei ertragsreichen oder sehr gebrauchswerten Stücken und entfernter liegendem Eintritt der Bedingung kann der Erlös bis an die Grenze des Marktwertes gehen. Jedenfalls aber wird die Sache seinem Schuldner einstweilen entzogen, und ist diesem so die Möglichkeit genommen, hinter Resolutivbedingungen verschanzt seiner Gläubiger zu spotten und behaglich im Genuss der Sachen zu leben.

Dieses Sicherungsmittel entfällt natürlich, wenn schon der Fall der Weiterveräusserung oder der ihr nach § 161 stets gleichstehenden Zwangsvollstreckung den Eintritt der Bedingung bildet. Dann ist die Vollstreckung von Anfang an unwirksam und unzulässig, und die Sache oder das ganze Vermögen ist dem Zugriff der Gläubiger vollkommen entzogen. Und es ist ihnen hier nicht einmal wie bei gesetzlichen und richterlichen Veräusserungsverboten die Möglichkeit gegeben, auf dem Umwege des Konkurses gemäss § 13 KO.:

> „Ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräusserungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam"

an das Vermögen des Schuldners heranzukommen, denn für Bedingungen enthält die Konkursordnung selbstverständlich keine gleiche Ausserkraftsetzung.

Dass aber das Gesetz durchaus verhüten will, dass Vermögensstücke der Zwangsvollstreckung entzogen werden, ersieht man daraus, wie es die Veräusserungsverbote bei Forderungen regelt. Bekanntlich lässt es dort nach § 399 BGB. solche Veräusserungs- d. h. Zessionsverbote zu, wenn auch nur bei einem Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner der Forderung. Folglich wären solche Forderungen nach § 851 Abs. 1 ZPO. nicht pfändbar. Deshalb verhindert sogleich der Abs. 2 dieses § 851 ZPO.:

> „Eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist"

einen derartigen Ausschluss der Zwangsvollstreckung.

Man könnte schliesslich gegen diese Gründe auch nicht

einwenden, dass in der hier besprochenen Gruppe, wo die Bedingung den Rückfall an den ersten Geber zur Folge haben soll, dem Gläubiger wenigstens die Genugtuung bliebe, den Bedingungseintritt durch seine Pfändung zu setzen und so jedenfalls dem Schuldner die Sache zu entziehen. Denn er hätte von einer solchen Ausübung seines Rechtes gar keinen Vorteil, sondern würde sich dadurch nur am Schuldner rächen wollen. Das wäre also der reine Schulfall für den Chikaneparagraphen 226:

> „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen".

Also nicht bloss tatsächlich erfolglos, sondern rechtlich vollkommen ausgeschlossen ist die Zwangsvollstreckung für den Gläubiger und der Schuldner bleibt ruhig im Besitz. Das wollte man, wie obige Worte der Motive zeigen, bei Schaffung der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung nicht, und das ist zugleich gerade das, was man durch den § 137 verhüten wollte. Darum ist eine solche Bedingung ein Widerspruch gegen diesen § 137, daher ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst und somit nach § 134 nichtig.

VI.

Letztwilliges Veräusserungsverbot und Resolutivbedingung.

Wir wenden uns zum Schluss dem letztwilligen Veräusserungsverbot und seiner Beziehung zur Resolutivbedingung zu.

Schon oben [1]) wurde hervorgehoben, dass das reine Veräusserungsverbot, das nudum praeceptum ohne tertius cuius respectu, auch im Erbrecht ungültig ist, und dass dabei gar keine Gelegenheit zur Setzung einer Resolutivbedingung gegeben ist, da ja bei ihm der Erblasser dem Erben trotz dessen Verstosses das Eigentum gelassen wissen will. Ein solches Verbot würde die Gläubiger ausschliessen, und das BGB. hat mit Recht diese Möglichkeit abgelehnt, trotzdem sonst im Erbrecht wie

[1]) Oben IV.

z. B. bei der Enterbung in guter Absicht der Gedanke hervortritt, dass den Gläubigern des Erben keine unentziehbaren Rechte auf den Nachlass zugebilligt werden können und dass ihnen eine Enttäuschung, die sie erleiden, weil sie ihrem Schuldner nicht auf seine Person, sondern auf seine künftige Erbschaft hin kreditiert haben, recht geschieht. Diese Erwägung konnte hier aber nicht Platz greifen, weil durch eine solche Verfügungsbeschränkung nicht bloss diese zu Lebzeiten des Erblassers kreditierenden Gläubiger des Erben, sondern auch alle späteren benachteiligt würden.

Von einem solchen nudum praeceptum ist nun der Fall zu unterscheiden, dass der Erblasser mit einem derartigen Verbot den Vorteil oder die Sicherung der Anwartschaft eines Dritten bezweckt [2]). Solche Verbote waren früher ausdrücklich als zulässig anerkannt, vgl. § 91 des bayr. Entwurfes und § 223 Sächs. BGB. Sie müssen jetzt den interessierten Dritten erkennen lassen. Eine sog. praesumtio tertii, wie sie § 1844 des Entwurfs I aussprach,

> „Hat der Erblasser die Veräusserung eines zum Nachlass gehörenden Gegenstandes oder die Verfügung von Todes wegen über einen solchen Gegenstand verboten, so ist anzunehmen, dass die Person, zu deren Gunsten das Verbot bestimmt ist, und wenn eine solche Person nicht bezeichnet ist, die gesetzlichen Erben des Erben nach dem Tode des letzteren den Gegenstand als Vermächtnis erhalten sollen",

haben wir nicht mehr. Es kann auch nicht etwa ein solches nudum praeceptum als Einsetzung der gesetzlichen Erben des Erblassers zu Nacherben gemäss § 2104 oder zu Vermächtnisnehmern gemäss § 2149 umgedeutet werden, denn diese Vorschrift verlangt für die Anwendung ihrer Auslegungsregel wenigstens noch den Ausdruck des Willens, „dass der Erbe nur bis zu dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses Erbe sein soll", oder dass ihm „der Erbschaftsgegenstand nicht zufallen soll". Falls also im konkreten Falle

---

[2]) Vgl. Bolze 1 Nr. 1367, 3 Nr. 927, 13 Nr. 264, Nr. 575. RGE. 30 S. 239, 31 S. 350. Seuff. Arch. 40 S. 320.

nicht noch andere Momente dafür sprechen, kann ein solcher Wille aus dem einfachen Veräusserungsverbot allein nicht herausgelesen werden. Auch haben wir nicht mehr für solche Fälle eine sog. praesumtio legati, d. h. eine Bestimmung, dass alsdann ein Vermächtnis an die Erben oder den Dritten angenommen werden soll, wie dies ebenfalls in dem zitierten § 1844 des Entwurfs I und in § 2387 des Sächsischen Gesetzbuches ausgesprochen war. Es kämen somit nur die allgemeinen Regeln des § 2087 in Betracht, wonach bei Beziehung des Verbotes auf das ganze Vermögen oder auf Bruchteile Nacherbschaft, bei Beziehung auf einzelne Gegenstände Vermächtnis gegebenenfalls anzunehmen wäre. Auch hier sei aber darauf hingewiesen, dass solche Bestimmungen der beschränkenden dreissigjährigen Frist der §§ 2109, 2162, 2163 mit den üblichen Ausnahmen unterliegen.

Im Entwurf II wurde der § 1844 mit seiner Erwähnung des Veräusserungsverbotes zugunsten Dritter gestrichen, weil diese Bestimmung selbstverständlich sei [3]. Das war richtig, denn, wie auch Reichel [4] zutreffend hervorhebt, es liegt hier kein eigentliches Veräusserungsverbot vor, sondern es handelt sich nur um Nacherbschaften, Vermächtnisse oder Nachvermächtnisse. Der Erblasser bezeichnet diese hier nicht, was ja auch nach den Auslegungsgrundsätzen insbesondere nach § 2087 nicht erforderlich ist, mit den technischen juristischen Ausdrücken, sondern mit ihrer Wirkung auf die Rechtsstellung des Bedachten. Der Erblasser sagt hier nur, was das Gesetz schon selbst sagt, und nur soweit er mehr verlangt als das Gesetz vom Bedachten fordert, liegt ein Veräusserungsverbot vor. So formuliert Reichel ganz richtig.

Die Fälle sind aber noch weiter im einzelnen zu prüfen. Verbietet der Erblasser die Veräusserung von Grundstücken zugunsten Dritter [5], so wird darin eine Einsetzung des Dritten zum Nacherben liegen, da diese nach § 2113 dem Vorerben die Befugnis zur gültigen Grundstücksveräusserung nimmt. Ist

[3]) Protokolle 5 S. 161.

[4]) Reichel, Das letztwillige Veräusserungsverbot, im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd. 12 S. 176 ff., 181.

[5]) Vgl. RGE. 28 S. 376.

dagegen die Veräusserung im allgemeinen oder die von Sachen oder Forderungen, oder, was dazu gehört, die von Einkünften [6]) speziell verboten, so lässt sich eine Einsetzung bloss zum Vorerben und des Dritten zum Nacherben nicht schon ohne weiteres annehmen, da der Vorerbe nach §§ 2112ff. über bewegliche Sachen und Forderungen [7]) frei verfügen kann. Immerhin wird dann auf Grund der Auslegung, z. B. bei Aussprüchen wie: „da seine Kinder dereinst nicht darben sollen", der Fall meist so gelagert erscheinen, dass der Dritte zwar doch als Nacherbe erscheint, aber diese ungültigen Beschränkungen der Verfügungsmacht des Vorerben wegfallen. Der Dritte hat dann wenigstens den obligatorischen Ersatzanspruch gegen den Vorerben und dessen Erben und, was mehr wert ist, die Möglichkeit, bei Gefährdung und verweigerter Sicherheitsleistung dem Vorerben die Verwaltung und damit gemäss § 2129 auch die Verfügung zu entziehen.

Auch wenn zugunsten eines Dritten nur die Pfändung von Nachlassgegenständen untersagt ist, wird man Nacherbschaft des Dritten anzunehmen haben. Denn auch hier deklariert der Erblasser nur, was das Gesetz selbst sagt. Der Vorerbe kann nämlich zwar über bewegliche Sachen und Forderungen nach §§ 2112ff. verfügen, jedoch soll er sich hierbei nach § 2130 im Rahmen einer ordnungsmässigen Verwaltung halten. Deshalb, und weil er nur Erbe auf Zeit ist, werden alle Akte der Zwangsvollstreckung im Fall des Eintritts der Nacherbfolge gemäss § 2115 gerade so unwirksam, wie dies bei Bedingungen nach § 161 und bei den gesetzlichen und richterlichen Veräusserungsverboten nach § 135 der Fall ist. Weil eine solche ordnungsmässige Verwaltung aber auch durch bloss interimistische Zwangsvollstreckungen gestört werden würde, erklärt der § 773 ZPO. § 128 KO. — anders wie bei Bedingungen — solche Vollstreckungen gegen den Vorerben ebenso für unzulässig, wie es der § 772 für das gesetzliche Veräusserungsverbot tut. Verbietet somit der Erblasser auch

[6]) Vgl. Bolze 13 Nr. 264. RGE. 22 S. 276.

[7]) Eine Analogie zu dem zulässigen Zessionsverbot des § 399 ist nicht möglich, weil dieses nur durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und Schuldner der Forderung geschaffen werden kann.

nur die Pfändung zugunsten eines Dritten, so ist das eine Einsetzung zum Nacherben.

Der Erblasser muss sich aber mit seinen Bestimmungen in dem gesetzlichen Rahmen dieser Institute der Nacherbschaften und Vermächtnisse halten. Verbietet er darüber hinaus etwas, so versagt die Umdeutung im Wege der Auslegung und liegt ein einfaches Veräusserungsverbot vor, das der allgemeinen Regel des § 137 unterliegt, wie auch Reichel annimmt[8]). Wenn z. B. bei einem auf ein Grundstück sich beziehenden Verbot zugunsten Dritter nicht Nacherbschaft, sondern bloss Vermächtnis angenommen werden kann, so ist das Verbot dinglich unwirksam, denn unser Gesetz gibt dem Vermächtnisnehmer nach § 2174 stets nur ein obligatorisches Recht gegen den Erben und das ist keine blosse Dispositivvorschrift, die durch den Erblasser geändert werden könnte[9]). Ebenso ist es, wenn er dem Vorerben die Verfügung über bewegliche Sachen und Forderungen entgegen § 2112 verbieten wollte. Auch eine solche Beschränkung des Rechtes des Vorerben und Erweiterung des Rechtes des Nacherben kennt unser Gesetzbuch nicht. Damit wäre der Erbe insoweit zu seinem eigenen Testamentsvollstrecker gemacht. Auch kann der Erblasser, wie Reichel richtig bemerkt, nicht bestimmen, dass der Vorerbe auch mit Zustimmung des Nacherben nicht veräussern dürfe. Es liegt kein Bedürfnis vor, dem Erblasser die Macht zu solcher Satzung einzuräumen. Denn er kann seinen Zweck ja dadurch erreichen, dass er dem Erben bloss den Niessbrauch vermacht oder dass er einen Testamentsvollstrecker ernennt und diesem die Verwaltung und damit nach § 2211 auch die Verfügung überträgt. Zwischen diesen beiden Anordnungen hat der Erblasser die Wahl, das Zwischenglied versagt ihm das Gesetz, um den Einklang des Erbrechtes mit dem § 137 nicht zu stören und den Satz „donner et retenir ne vaut" aufrecht zu erhalten. Gegen die gesetzlichen Bestimmungen würde es ebenso verstossen, wenn der Erblasser die Veräusserung oder Pfändung der Früchte untersagen wollte[10]), denn auf die Früchte hat der Nacherbe kein

[8]) S. 184. [9]) Vgl. Sammlung bayrischer Entsch. 2 S. 117, 119.
[10]) Vgl. Seuff. Arch. 32 Nr. 155.

Recht, wie er es trotz der Verfügungsbefugnis des Vorerben auf die anderen beweglichen Sachen hat. Deshalb fallen sie auch nicht unter das Pfändungsverbot des § 773 ZPO. § 2115 BGB. Wie anderen, so bleiben sie auch dem Vorerben gemäss § 2133 als ein Äquivalent für die Mühen seiner Verwaltung. Ihre Entziehung würde ihn vollständig zum Testamentsvollstrecker machen. Sie sind sein freies Vermögen und unterliegen deshalb auch dem Zugriff der Gläubiger. Selbst bei der Enterbung in guter Absicht ist das Setzen einer derartigen Unpfändbarkeit der Früchte unmöglich. Der Abkömmling behält nach § 2338 den Anspruch auf den jährlichen Reinertrag, und soweit dieser über den Unterhalt hinausgeht, ist er nach ausdrücklicher Bestimmung des § 863 ZPO. der Pfändung unterworfen.

Wie ist es nun, wenn der Erblasser durch das Setzen der Resolutivbedingung „im Fall der Veräusserung oder Pfändung" seine im Wege des Veräusserungsverbotes nicht durchführbaren Gedanken zu verwirklichen strebt? Da es sich bei Resolutivbedingungen um die Auflösung des Erbrechtes des Erben handelt, kann somit nicht das Zuwenden an den Dritten im Wege des Vermächtnisses, sondern nur sein Einsetzen zum Nacherben in Betracht kommen. Folglich wäre hier auch eine bestimmte Bezeichnung des Dritten nicht nötig. Die gesetzlichen Erben würden gemäss § 2104, wenn es daran fehlt, als die Eingesetzten gelten. Die Wirkung wäre hier nicht, wie bei Geschäften unter Lebenden [11]), eine ewige, sondern sie würde sich gemäss § 2109 nur auf dreissig Jahre erstrecken.

Aus der allgemeinen Zulässigkeit der Anordnung von bedingten Nacherbschaften folgt natürlich die Zulässigkeit dieser speziellen Bedingung ebensowenig, wie dies bei Geschäften unter Lebenden der Fall war. Die Fälle sind vielmehr im einzelnen zu prüfen. Zu erwägen ist zunächst, ob der Erblasser für bewegliche Sachen und Forderungen bestimmen kann, dass im Fall der Veräusserung sie an den Dritten fallen sollen. Eine solche Resolutivbedingung ist aber auch hier unzulässig. Denn das wäre Einsetzen zum Vorerben unter gleichzeitiger Weg-

[11]) Siehe oben V vor Anm. 5.

nahme der vom Gesetz dem Vorerben gelassenen Befugnisse, über Mobilien und Forderungen zu verfügen. Eine solche Vorerbschaft kennt das Gesetz aber nicht, wie wir sahen. Und wenn der Erblasser nur den „Fall der Pfändung oder Beschlagnahme“ zur Bedingung machen wollte, so wäre das in sämtlichen Fällen bedeutungslos, da es infolge des Ausschlusses der Zwangsvollstreckung durch § 773 ZPO. eine unmögliche Bedingung wäre, denn selbstverständlich muss als Wille des Erblassers angenommen werden, dass nicht schon ein undurchführbarer Pfändungsversuch, sondern nur eine gültige Beschlagnahme als Eintritt der Bedingung gelten solle.

Wie verhält es sich nun bei Grundstücken, zu deren Veräusserung der Vorerbe nicht befugt ist? Ist aus diesem Grunde hier ohne weiteres eine solche Resolutivbedingung zulässig, wie Reichel[12]) annimmt. Meines Erachtens nicht. Es kommen dabei zwei Fälle in Betracht:

1. Der Erblasser setzt für die Zeit nach dem Tod des Erben Nacherben ein. Bei Veräusserung sollen sie schon früher Nacherben werden.

2. Er setzt Nacherben nur für den Fall der Veräusserung ein, so dass bei Einhalten des Verbotes nicht diese Nacherben das Grundstück erhalten, sondern die gesetzlichen oder testamentarischen Erben des Vorerben.

Für beide Fälle taucht die Erwägung auf, dass dem Vorerben nicht jede Veräusserungsbefugnis über Grundstücke in § 2113 genommen ist, sondern dass nur — wie bei Bedingungen — seine Veräusserungen später bei Eintritt der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber unwirksam werden. Der Vorerbe hat also nach Erbrecht ein interimistisches Verfügungsrecht. Wird ihm dieses vom Erblasser durch eine solche Bedingung genommen, so wird dadurch etwas über die gesetzlich normierte Natur der Vorerbenschaft Hinausgehendes bestimmt. Für die Beurteilung dieses Überschiessenden könnten nicht mehr die engeren Regeln der Vorerbenschaft zugrunde gelegt werden, sondern die allgemeinen Vorschriften müssten Anwendung finden und diese lassen, wie gezeigt, solche Bedingungen nicht zu.

[12]) S. 188.

Dieser Erwägung kann man nicht entgegenhalten, dass oben die Rücksicht auf die Gläubiger ein Hauptgrund gegen die Zulässigkeit einer solchen Bedingung war, und dass diese Rücksicht hier wegfalle, da der § 773 ZPO. ja den Gläubigern ohnehin schon jeden Zugriff verschliesse. Denn der § 773 verbietet nur „die Veräusserung", d. h. bei Grundstücken nur die Zwangsversteigerung. Er lässt aber den Gläubigern die andere Form der Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen, nämlich die Zwangsverwaltung. Neben ihrem unentziehbaren Recht auf Pfändung der Früchte hat auch diese Verwaltung für sie einen Zweck, denn sie sichert ihnen eine ordnungsmässige Erzeugung von Früchten. Aber auch die Anordnung der Zwangsverwaltung muss als eine der privaten Veräusserung gleichstehende „Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung" im Sinne der §§ 161, 2115 angesehen werden, denn sonst würden ja diese Vorschriften ihr gegenüber versagen und würde sie über Bedingungen und Vorerbenschaften hinauswirken.

Somit haben auch hier die Gläubiger für schutzfähig erachtete interimistische Rechte, die ihnen durch solche Bedingungen des Erblassers „im Fall der Verfügung, Veräusserung, Pfändung" genommen würden. Und zwar würde auch hier ebenso wie unter Lebenden ihnen jede Vollstreckung genommen sein, sie könnten nicht einmal den Eintritt der Bedingung setzen, da dies wie oben [13]) unter das Chikaneverbot fallen würde. Der Vorerbe würde somit entgegen dem Gesetz gänzlich unangreifbar gemacht, und deshalb ist auch bei Grundstücken eine solche Bedingung unzulässig.

Es ist aber bei der Frage nach der Zulässigkeit solcher Bedingungen vor einem Missverständnis zu warnen. Im vorstehenden ist ausschliesslich die Frage behandelt, ob durch solche Bedingungen die Veräusserung, Pfändung oder sonstige Beschlagnahme des einzelnen betroffenen Stückes mit dinglicher Wirksamkeit verhindert werden kann, und sie ist verneint worden. Damit ist aber nicht gesagt, dass solchen Bedingungen jede Wirksamkeit abgesprochen wäre. Zu einer soweit gehenden Beschränkung des Willens des Erblassers ist kein Anlass im

[13]) Oben V a. E.

Gesetz gegeben. Die Rechte des Vorerben und seiner Gläubiger an dem einzelnen betroffenen Stück kann der Erblasser nicht ändern, wohl aber kann er als Folge des Eintritts einer solchen Veräusserung, Pfändung oder Beschlagnahme, auch von Einkünften, den Verlust des Rechtes des Vorerben an dem übrigen Nachlass setzen. Insoweit muss sich der Vorerbe diese Resolutivbedingung des Erblassers, gerade sowie jede andere beliebige Bedingung, gefallen lassen. Die bewegliche Sache bleibt verkauft oder gepfändet, die eingeleitete Zwangsverwaltung des Grundstücks bis zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers in Kraft, aber sein Recht am übrigen Nachlass hat der Vorerbe verloren.

Nach Gewinnung dieser Erkenntnis, dass in solcher Weise bei der Wirkung von Resolutivbedingungen zu unterscheiden ist, macht es auch keine Schwierigkeiten mehr [14]), die Frage zu lösen, ob Abweichungen von obigen Grundsätzen dann eintreten, wenn der Erblasser für den Fall der Veräusserung oder Pfändung den Übergang der Verwaltung und Verfügung an einen Testamentsvollstrecker angeordnet hat. Es gilt für diesen Fall nichts Besonderes. Die Veräusserungen, Pfändungen und Beschlagnahmen bleiben hinsichtlich der einzelnen betroffenen Stücke gerade so gültig, aber das nicht betroffene Vermögen fällt nunmehr unter die Macht des Testamentsvollstreckers. Auch gilt dasselbe, wenn der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung übertragen und ihn verpflichtet hat, an den Erben nur die Einkünfte herauszugeben, sie jedoch bei Veräusserung oder Pfändung an eine andere Person zu zahlen oder zum Kapital zu schlagen [15]). Die Rechte des Erben und seiner Gläubiger an den fälligen Einkünften werden dadurch nicht berührt, aber für die späteren behält die Bestimmung des Erblassers ihre Bedeutung.

---

[14]) Solche Schwierigkeiten würden sonst in der Frage liegen, ob der Testamentsvollstrecker jedem anderen materiell berechtigten Dritten gleichzustellen ist oder ob seine Einsetzung nur eine zulässige, den Erben beschränkende Nebenanordnung des Erblassers ist. Vgl. RGE. 14 S. 278, 16 S. 185, 25 S. 292, 31 S. 350, 8 S. 317.; Bolze 1 Nr. 1370.

[15]) Vgl. Bolze 1 Nr. 1370, 3 Nr. 927.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schles.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schles.